

BRUNO MENESES LORENZETTO

**OS CAMINHOS DO CONSTITUCIONALISMO PARA A
DEMOCRACIA**

CURITIBA

2014

BRUNO MENESES LORENZETTO

OS CAMINHOS DO CONSTITUCIONALISMO PARA A DEMOCRACIA

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

OS CAMINHOS DO CONSTITUCIONALISMO PARA A DEMOCRACIA

BRUNO MENESES LORENZETTO

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, por comissão formada pelos seguintes professores:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki (UFPR)

Membro:

Membro:

Membro:

Membro:

Curitiba, _____ de _____ de 2014

We shall not cease from exploration
And the end of all our exploring
Will be to arrive where we started
And know the place for the first time
(T. S. Eliot)

the art of losing's not too hard to master
though it may look like (Write it!) a disaster
(Elizabeth Bishop)

RESUMO

A presente tese procura analisar o dilema intergeracional que está inscrito no cerne da construção de um Estado Democrático de Direito. Diante disso propõe que a identidade do sujeito constitucional é o resultado da conjunção e do embate entre projetos normativos e temporalidades. Para tanto, examina as múltiplas propostas para o processo de produção da Constituição, bem como os paradoxos derivados da relação entre o direito e a democracia. A tese versa sobre o papel do republicanismo na fundação dos Estados modernos e o funcionamento das instituições. Reflete acerca da identidade do sujeito constitucional, que é considerada como categoria que pode, ao mesmo tempo, mediar as tensões advindas de disputas intergeracionais, e promover a abertura para novas definições da identidade da comunidade política. Indica as aporias provenientes das declarações de direitos e a formação do paradoxo entre constitucionalismo e democracia. Debate as teses envolvendo o poder constituinte e quais os momentos em que o “Nós o Povo” se manifesta. Questiona o projeto liberal a partir de duas vertentes, tanto ao ressaltar os limites de seus institutos fundamentais como ao criticar as renovadas teses que procuram reafirmar tais elementos e revesti-los com novas roupagens. Reflete sobre a ideia da Constituição como um tecido sem costura e as (des)continuidades das narrativas que definem a identidade constitucional. Por fim, procura indicar que existem diferentes caminhos para a definição da relação entre o constitucionalismo e a democracia, porém, nenhum deles pode repudiar a tensão constitutiva entre ambos.

Palavras-chave: Direito; Democracia; Produção da Constituição; Dilema Intergeracional; Sujeito Constitucional.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the intergenerational dilemma that is inscribed in the core of the construction of a democratic Rule of Law. Thus suggests that the identity of the constitutional subject is the result of the conjunction and the clash between normative projects and temporalities. Therefore it examines the multiple schemes of the Constitution-Making process and also deals with the paradoxes derived from the relation between law and democracy. The dissertation addresses the role of republicanism in the founding of modern States and how the institutions work. Reflects about the identity of the constitutional subject, which is considered a category capable of produce the mediation of the tensions derived from the intergenerational disputes and simultaneously, promote the necessary openness to new definitions of the identity of the political community. It indicates the aporias resulted from the declarations of rights and the formation of the paradox between constitutionalism and democracy. It discuss the thesis regarding the constituent power and the moments in which the “We the People” manifests itself. It calls into question the liberal project from two perspectives, in highlighting the boundaries of its fundamental institutes but also in criticizing the renewed thesis that aim to reaffirm such elements by coating them with new clothes. It reflects about the idea of the Constitution as a seamless web and the (dis)continuation of the narratives that define the constitutional identity. Ultimately it states that there are different paths to define the relation between constitutionalism and democracy however, none of them can dismiss the constitutive tension that exist between them.

Keywords: Law; Democracy; Constitution Making; Intergenerational Dilemma; Constitutional Subject.

RESUM

La present tesi busca analitzar el dil·lema intergeneracional inserit dins la construcció d'un Estat Democràtic de Dret. Davant d'això es proposa que l'identitat del subjecte constitucional és el resultat d'una barreja de temporalitats i de plantejaments normatius amb els seus enfrontaments interns. Per això, va examinar les múltiples propostes del procés de producció de la Constitució, tot i que es consideren les paradoxes derivades de la relació entre dret i democràcia. La tesi va tractar sobre el paper del republicanisme dins la fundació dels Estats moderns i el funcionament de les seves institucions. Fins i tot reflecteix el que fa a l'identitat del subjecte constitucional, al mateix temps que ella pot ésser considerada una categoria capaç d'intervenir en les tensions esdevingudes de les disputes intergeneracionals, promouent així l'obertura a noves definicions de l'identitat de la comunitat política. Això s'indica per les apories provinents de les declaracions de dret i la formació de la paradoxa entre el constitucionalisme i la democràcia. Per això, també es proposa el debat de les tesis que agafen el poder constituent i quins són els moments en que el "Nosaltres el Poble" es manifesta. Qüestiona el plantejament liberal des de dos fils, tant per posar importància als límits dels seus instituts fundamentals, com quan va criticar les tesis ara renovades i que volen reafirmar tals elements, donant-los un nou aspecte. Així mateix va reflexionar sobre l'idea de la Constitució com un teixit sense costura i les (des)continuïtats de les narratives que defineixen l'identitat constitucional. Per fi, busca apuntar l'existència de diferents camins per definir la relació entre el constitucionalisme i la democràcia, però, cap d'ells poden rebutjar la tensió constitutiva entre ambdós.

Paraules clau: Dret; Democràcia; Producció de la Constitució, Dil·lema Intergeneracional; Subjecte Constitucional.

SUMÁRIO

Introdução	1
1. Memórias do subsolo	11
1.1 Arcana Imperii	11
1.2 Chiaroscuro	18
1.3 As duas margens do Atlântico	30
1.4 Rinnovazione	42
2. O sujeito constitucional e suas identidades	51
3. Constituindo a Constituição	81
3.1 Declarações de Independência	81
3.2 Os paradoxos do Direito e da Política	97
3.3 Formas e substâncias	105
4. Poder Constituinte	118
4.1 Nós, o Povo	127
4.2 O Povo, eles mesmos: o constitucionalismo popular	144
5. Leviatã <i>Redux</i>	163
5.1 A crítica ao constitucionalismo liberal	171
5.2 Entre decisionismo e republicanismo	192
6. Mortos e vivos	204
6.1 Ulisses	223
6.2 “Nós”, discordamos	238
7. O tecido sem costura?	259
8. Considerações finais: caminhos difíceis	295
9. Bibliografia	300

Para Kelly:

while you are away
my heart comes undone
slowly unravels
in a ball of yarn
the devil collects it
with a grin
our love
in a ball of yarn

he'll never return it

so when you come back
we'll have to make new love

Agradecimentos

A presente tese não seria possível sem o suporte incondicional de minha estimada orientadora Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki, “you’ve always been there”. Suas lições estão inscritas no meu coração. E apenas seria possível fazer justiça à sua importância em minha formação mediante representações metafísicas como o favor gratuito, a assistência e o poder de um *renascimento* ou de um presente imerecido. Fui agraciado por sua sabedoria e serei infinitamente grato por suas orientações ao longo de tantos anos.

Agradecer envolve sempre, em certa medida, um ato de graça, uma remissão, a gratuidade, congratulações, qualidades agradáveis (*grace*), graciosas, mas, também a importância da *presença*, de dar ares da graça, estimar (*gratia*), batizar. Por isso, torno “presentes” aqueles que, nos mais belos e difíceis momentos dos últimos anos, me fizeram companhia pelos erráticos caminhos que decidi trilhar:

Os pais mais sábios e adoráveis do mundo: Mário Lorenzetto e Branca Meneses.

Meu irmão: Andrei Lorenzetto, com quem tenho muito a aprender sobre a vida.

Meus familiares em nome da minha querida avó Lithia Lorenzetto, e do meu primo e camarada Murilo Mendonça.

Meus professores: Kendall Thomas, Axel Honneth, Jon Elster, Clèmerson Merlin Clève, Claudia Barbosa, Jimena Aranda (*in memoriam*), Flávia Piovesan, Vera Karam de Chueiri, Pedro Bodê de Moraes, Cesar Serbena e Celso Ludwig.

Meus amigos e colegas de vida acadêmica: Ana Lúcia Pretto Pereira, Pedro Kenicke, Pedro Giamberardino, Guilherme Berlinck da Costa, Micheli Iwasaki, Ana Carolina Brolo, Fábio César Oliveira, Juliana Pondé Fonseca, Danielle Wobeto, José Renato Cella, Rogerio Tostes, Amélia Rossi, Tanya Kozicki de Mello, Fernanda Gonçalves, Fernanda Karam de Chueiri, Thais Sampaio da Silva, Jonas Fleituch de Mello, Oriana Stella Balestra, Diana Carolina Tello, Heloisa Fernandes Câmara, André Giamberardino, Flávio Antônio da Cruz,

Sarah Linhares de Araújo, Simone Malucelli Pinto e Dean Fabio Bueno de Almeida.

Agradeço especialmente aos meus amigos Rogerio Tostes e Fábio Oliveira, pela leitura da tese e pelas considerações preciosas sobre o texto. Sou privilegiado por ter compartilhado cafés e conversas sobre os mais diversos temas com ambos.

Ao Professor Clèmerson, de quem guardo com apreço o conselho sobre a necessidade interminável de polir, aperfeiçoar a escrita.

Aos membros do Escritório Clèmerson Merlin Clève, sou grato pela hospitalidade.

Ao Professor Kendall Thomas, pela porta que se abriu na Columbia Law School e pelas tardes em que dialogamos e trocamos impressões sobre nossos respectivos países, guardo estes momentos como inestimáveis.

À PUCPR pela licença remunerada, fundamental para o desenvolvimento das pesquisas junto à Columbia University em 2013/2014 em nome dos Professores: Alvacir Nicz, Marilena Winter e Simara Carvalho Duarte.

Aos funcionários do PPGD da UFPR e aos membros do Núcleo Constitucionalismo e Democracia.

Aos amigos de New York: Kim Kim, Daniella, Pepe, Tamir e Debora Zucchi.

À minha amada esposa Kelly Cristina Vieira, não consigo pensar minha vida sem sua companhia, and I'm grateful to our beloved baby: You aint'got nothing but time / And it ain't got nothing on you.

Introdução

Precisa-se viver e morrer com textos, com narrativas. Por isso, a *escritura* é a mediação pela qual podem-se realizar buscas por sentidos. Versar sobre a semântica das inscrições do *dever ser* demanda um duplo movimento: compreender as narrativas que constituem a comunidade política compartilhada pelos vivos, e, de maneira concomitante, *viver* sob o manto das mediações comunicativas que constituem e representam essa comunidade.

Tais atividades só podem ser realizadas em sua *completude* com um diálogo permanente com o passado e com seu *fim*. A aceitação da finitude, a arte de lidar de maneira contínua com as perdas que nos constituem é aquilo que precisa ser *controlado (to master)* – pela razão – ainda que nem sempre tal ideal seja alcançado.

A arte da perda não é apenas aquilo que nos constitui, que nos é comum, um *traço* da política. Está pressuposta em qualquer possibilidade de atualização dos sentidos compartilhados nas narrativas, em que o *sentido original* da inscrição não pertence mais ao escritor. Mesmo ante o recurso a mediações linguísticas (in)finitas para procurar explicar ou *conduzir* o sentido, ele apenas realiza a performance de uma impossibilidade. Eis o desafio de qualquer busca por objetivar subjetividades que, muitas vezes, se esvaem na tentativa de conferir sentido com *outros* textos. Contudo, é sob o vértice dessa (im)possibilidade que a inscrição de significados se realiza.

A impossibilidade de o *mesmo* se tornar presente no *outro* está na queda, na formação do humano, na punição divina da dispersão das línguas, em Babel.¹ A constituição de mundos pela linguagem é, por isso, ao mesmo tempo única, particular – cada sujeito dispõe de um *arquivo* próprio de signos – e comunitária. Isso porque a *origem* de tais signos ganha sentido com a *presença*

¹ Para Jacques Derrida, como uma promessa, a tradução já é performativa, ela remete a assinatura de um contrato, mas também a um reino prometido e proibido onde as línguas se reconciliarão e se realizarão – proposta final de construção da Torre de Babel, de contato com o absoluto. Por isso, aquilo que fascina o tradutor é o intangível, o intocável, ele quer tocar o intocável, colocar o último tijolo no topo da Torre ou, tocar o caroço, o original, que sempre pode ser traduzido e retraduzido. DERRIDA, J. *Torres de Babel*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 53.

de mediações intersubjetivas, as quais lecionam como usar os signos, como acessar a gramática, como compartilhar e produzir sentido pela comunicação. Esta é uma das portas que a subjetividade procura para se manifestar de maneira objetiva. As pretensões de correção e universalização são moldadas a partir de tais matrizes que são abertas ou fechadas para atualizações de acordo com a disposição dos poderes, com a política das línguas e das palavras.

Cruzar o rio que corre entre gerações demanda a aceitação dos limites do próprio *gesto*, da *transposição*, de estar atravessando caminhos. Não basta a mirada ante a indefectível articulação que as barreiras do momento histórico ao qual se está aprisionado acabam por impor. A vida nos tempos modernos demanda o acesso aos espaços de poder, não apenas estar in-vestido (*to be vested*) no poder de *governar*, conduzir, mas também ter acesso às molduras que definem as próprias estruturas, as (muitas) *fundações* ou *fontes* do poder. As disputas por investiduras de autoridade ocorrem, tanto dentro de tais estruturas como em seu plano externo.

A modernidade está (temporalmente) imbricada em seu paradoxo constitutivo, qual seja, a capacidade de atualizar as instituições que determinam as realidades, a habilidade de trazer o *novo* ao mundo vida,² de *iluminar* o passado. Procura, ao mesmo tempo, produzir homogeneidades e destruir aquilo que observa como *antiguidades*. Porém, a derrubada de instituições, as (re)voltas epistemológicas acabaram por, em certos casos, *volver* aos escombros do passado.

Aquilo que os “pós-modernos” estão (ou estavam) a fazer é reacender um dos aspectos *próprios* do moderno, são manifestações *futuristas* que se

² Para Hannah Arendt, a natalidade é o momento em que a pessoa que nasce ingressa na esfera política – caracterizada pela ação em conjunto – e pode criar algo inesperado: “Labor and work, as well as action, are also rooted in natality in so far as they have the task to provide and preserve the world for, to foresee and reckon with, the constant influx of newcomers who are born into the world as strangers. However, of the three, action has the closest connection with the human condition of natality; the new beginning inherent in birth can make itself felt in the world only because the newcomer possesses the capacity of beginning something anew, that is, of acting. (...) Moreover, since action is the political activity par excellence, natality, and not mortality, may be the central category of political, as distinguished from metaphysical, thought.” (ARENDT, H. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1958. p. 9).

tornaram peças de museu.³ Ante a projeção da insuperabilidade do paradigma moderno, não há como vencer os vivos, ultrapassar o novo, a atualização que se pretende *permanente*. Porém, a derrubada do *Ancien Regime* e a construção de representações negativas do passado, o jogo de luz e sombras, não podem mais ser vistas como atos que estavam, necessariamente, trazendo luz ao mundo. Mesmo que suas narrativas continuem a insistir na imagética de que estavam por *dar à luz* um mundo moderno. De acordo com tais razões, a *origem* e a *criação* do mundo precisam ser humanas, precisa-se transpor o espaço de poder ocupado pelas entidades metafísicas, ainda que tal posição venha a ser ocupada por uma renovada *ficção*.

Com as devidas demarcações temporais e as diferenciações entre as construções categóricas, a mimetização da busca pela transformação do mundo, ou pela necessidade premente de transformação da realidade ou das narrativas que nos enredam, levaram, por diferentes *razões*, à Auschwitz.⁴ A Terra deixou de ser um espaço onde as pessoas se sentiam em casa⁵ e a *técnica* acabou por redundar na fabricação de corpos humanos.⁶

Tal é o desconforto, a perda, que o projeto de atualização das liberdades produz. O espírito (*Geist*), que ao mesmo tempo move o *tempo*, constrói-se

³ De acordo com Kennedy: “The postmodern critique applies far better to the writings of modernists about modernism than to the artifacts they created. The artifacts seem no less ‘critical of the subject’ than those of postmodernism. The Promethean auteurs were premodern as critics; they slid back into mere rationalism or romanticism the minute they began to theorize their transgressive artifacts. By contrast, the postmodern critics are modernist performers.” (KENNEDY, D. *A Critique of Adjudication: fin de siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 347).

⁴ “Our metaphysical faculty is paralyzed because actual events have shattered the basis on which speculative metaphysical thought could be reconciled with experience. Once again, the dialectical motif of quantity recoiling into quality scores an unspeakable triumph. The administrative murder of millions made of death a thing one had never yet to fear in just this fashion. There is no chance any more for death to come into the individuals’ empirical life as somehow conformable with the course of that life. The last, the poorest possession left to the individual is expropriated. That in the concentration camps it was no longer an individual who died, but a specimen—this is a fact bound to affect the dying of those who escaped the administrative measure.” (ADORNO, T. W. *Negative Dialectics*. London: Routledge, 1973. p. 362).

⁵ “The banality of the statement should not make us overlook how extraordinary in fact it was; for although Christians have spoken of the earth as a vale of tears and philosophers have looked upon their body as a prison of mind or soul, nobody in the history of mankind has ever conceived of the earth as a prison for men’s bodies or shown such eagerness to go literally from here to the moon. Should the emancipation and secularization of the modern age, which began with a turning-away, not necessarily from God, but from a god who was the Father of men in heaven, end with an even more fateful repudiation of an Earth who was the Mother of all living creatures under the sky?” (ARENDT, H. *The Human Condition*. p. 2).

⁶ “What meaning has the concept of murder when we are confronted with the mass production of corpses?” (ARENDT, H. *The Origins of the Totalitarianism*. San Diego: Harcourt Brace, 1976. p. 441).

sobre um aparato antigo – o progresso é uma maquinação do passado e produz vítimas. Eis o(s) fio(s) que conduz(em) os argumentos que serão desenvolvidos. A apresentação ou representação de paradoxos nada mais indica que se vive sob as inacabadas estruturas da modernidade. A mesma que procura, discursivamente, afastar a metafísica – o mundo pós-metafísico⁷ – e batalhar pelos *espaços* de poder que antes eram habitados por tais fantasmas, pelas figuras *intermediárias* entre a *realidade* e o mundo além da física.⁸

A tese que está sendo proposta possui em sua gênese uma aporia. Trata-se de um *libelo* moderno que se encaminha por sendas descritivas e normativas, uma vez que dista a ilusão da possibilidade de construção de argumentos neutros ou da defesa de valores sem a assunção de *posições*.

Ao mesmo tempo, procura-se tecer uma análise das categorias e seus usos, e aponta-se para uma estrutura conceitual que se apresenta como uma *composição*, contingente e estável, suficientemente aberta para comportar o projeto de diferentes narrativas que a definem: *a identidade do sujeito constitucional*.⁹ Pode-se observar o impasse que reveste a tese: a possibilidade

⁷ “Metaphysics – *meta ta physica* or beyond nature – is a way of thinking beyond the sensible and immediate experience of things. Metaphysics posits the existence of an ideal, transcendent world over against which everyday reality must measure itself. In our ordinary lives, we are immersed in streams of unrelated, incoherent, criss-crossing streams of people, events and emotions that invade our world in unpredictable, uncontrollable ways. Death is the only certainty, the inescapable destination of our limited earthly sojourn. Behind metaphysic lies a simple and urgent desire: to make sense of the disorder that surrounds us, to master finitude. (...) Metaphysics reduces Being to a word or value, and the temporality of becoming – the motion of existence – is erased and turned into permanent presence.” (DOUZINAS, C. GEAREY, A. *Critical Jurisprudence: the political philosophy of justice*. Oxford: Hart Publishing, 2005. p. 44-45).

⁸ De acordo com Derrida: “Exordium or incipit: this first noun opens, then, the first scene of the first act: ‘Ein Gespenst geht urn in Europa-das Gespenst des Kommunismus.’ As in Hamlet, the Prince of a rotten State, everything begins by the apparition of a specter. More precisely by the waiting for this apparition. The anticipation is at once impatient, anxious, and fascinated: this, the thing (‘this thing’) will end up coming. The revenant is going to come. It won’t be long. But how long it is taking. Still more precisely, everything begins in the imminence of a re-apparition, but a reapparition of the specter as apparition for the first time in the play.” (DERRIDA, J. *Specters of Marx: the state of the debt, the work of mourning and the new international*. London: Routledge, 1994. p. 2).

⁹ ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. London; New York: Routledge, 2010.

e a impossibilidade da escolha das características que definem a vida em comum, ou os *limites* ao poder do *demos*.¹⁰

Os limites que definem *quem* pode participar do *demos*. Aqueles que pertencem e os que estão excluídos da comunidade, quem pode *argumentar* e *decidir* sobre o futuro. Referida distinção, a *diferenciação* não trata apenas da classificação dos estrangeiros, dos *outros*, mas também dos vivos e dos mortos – quem está “vivo” e quem está “morto” na narração da Nação.¹¹ Ela se utiliza das demarcações confeccionadas pelo Direito para produzir o *diferente*. A lei funciona a partir do momento em que existem pessoas *diante da Lei*.¹²

A indecisão ou indefinição do *outro* perfaz a estratégia de deixar em aberto o poder para decidir sobre os amigos e inimigos. E tal prática não se verifica apenas em relação ao presente, mas também na identificação daqueles que são os inimigos do passado, dos que não possuem mais espaço na narrativa da identidade da comunidade política. Por isso, a arquitetura da rememoração e do esquecimento demanda imagens modernas do *nós*, a ilusão de poder decidir tanto sobre cada centímetro das molduras institucionais, como também sobre a representação das instituições no futuro.

Em termos sucintos: os processos, os procedimentos de confecção, a construção da Constituição ao mesmo tempo em que procuram *constituir* uma nova comunidade política, precisam, ante os eventos históricos que determinaram o século XX, ser democráticos e garantir a continuidade da democracia. Por isso fala-se em caminhos do constitucionalismo para a democracia.

Os caminhos do Constitucionalismo para a Democracia não tratam de uma precedência ou de uma sobreposição do Direito perante o Político.

¹⁰ O resgate dos mecanismos teológicos de explicação do funcionamento da natureza, as razões da vida em comunidade e da organização dos poderes procuram colocar em perspectiva aquilo que opera silenciosamente nos escombros da modernidade.

¹¹ Cf. BHABHA, H. K. *O local da cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998; ANDERSON, B. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

¹² “Before the Law tells us that law is a special type of literature and that literature follow the law that it enacts; that creating meaning is an individual act of will, which is immersed at the same time in the practices and institutions of the written archive – unique and yet imbricated in law and in answer to the law.” (DOUZINAS, C. GEAREY, A. *Critical Jurisprudence*. p. 362).

Esbarram em um imperativo de época ou no impedimento da defesa de uma categoria sem a outra. Há uma circularidade implícita que pode ser desenhada como *resposta* ao abismo ao qual o Estado de Direito (*the Rule of Law*) foi submetido no século XX.

Não se trata de uma imagem linear, mas dos ramos, dos braços de um rio que deságua em outro e continua a correr. Eis o passo, ou a volta que procura ser estabelecida, um pequeno vestígio que trata das perdas que constituem as narrativas modernas, um *réquiem* para as batalhas que a modernidade continua a perder.

Se a distinção entre constitucionalismo e democracia não endossa uma hierarquia que, eventualmente, pode ser pressuposta de maneira equívoca na dicotomia, de outra sorte, indica a necessidade normativa que uma categoria representa para a outra.¹³ Não se trata de como uma *constitui originariamente* a outra, mas sim, de como elas *vieram a se tornar necessárias* na definição coeva das relações institucionais, ainda que não o fossem no início da modernidade.

Trata-se da cisão e do enlace, dos limites que produzem as ordens e as aberturas que habilitam suas atualizações – a defesa da manutenção da tensão entre o direito e a política demanda que os aspectos considerados *próprios* de um os sejam também definidores do outro, há uma demanda pela *hibridização* das categorias.¹⁴

Os caminhos podem ainda fazer remissão a modelos ou serem percebidos como a defesa de uma forma, de estruturas ou receituários,

¹³ Assim como o Constitucionalismo deve ser democrático, a Democracia deve ser limitada por procedimentos. Cf. HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

¹⁴ Um exemplo de hibridização seria a igualiberdade (*equaliberty*): “What is this idea? Nothing less than the identification of the two concepts. Here is the extraordinary novelty and at the same time the root of all difficulties, the nub of the contradiction. If one really wants to read it literally, the *Declaration* in fact says that equality is identical to freedom, is equal to freedom, and vice versa. Each is the exact measure of the other. This is what I propose to call, with a deliberately baroque phrase, the proposition of equaliberty – a portmanteau term, impossible and yet possible only as a play on words, that nevertheless alone expresses the central proposition. For it gives both the conditions under which man is the citizen (through and through) and the reason for this assimilation. Beneath the equation of man and citizen, or rather *within* it, as the very reason for its universality, resides the proposition of equaliberty.” (BALIBAR. E. *Equaliberty: political essays*. Durham: Duke University Press, 2013. p. 46).

enquanto a democracia seria assemelhada a Proteus (*a protean democracy*).¹⁵ Sua inconstância deriva do fato de ser uma das primeiras formas, o que lhe possibilita assumir várias feições. Tal caracterização, contudo, limita-se a uma perspectiva parcial por não reconhecer a possibilidade da indeterminação no Direito e a necessidade de margens para a democracia. Padece, ainda, por antepor a democracia como *primeira*, constitutiva dos limites.

Acresce-se que os conceitos não podem ser imobilizados em sua significação. O fato de o constitucionalismo demandar, em sua representação perante o mundo (da vida) limites ao poder, não habilita que a sua compreensão seja vista de forma unidimensional. A democracia, apesar de não sofrer com a mesma dificuldade, por ser uma categoria vista usualmente como aberta para ressignificações, também não pode ser submetida ao mesmo equívoco.¹⁶

A partir disso faz-se possível questionar: quais são os elementos necessários para a configuração de um sistema normativo em nosso tempo? Como *constituir* uma Constituição em um mundo que se projeta como pós-metafísico, ou dentro do paradigma que se batizou como moderno?¹⁷

¹⁵ O filho de Poseidon que possui o dom da metamorfose e que, como as marés, é volátil, imprevisível, é o primogênito, o *primeiro* ou o *primordial*: “Established democracy is oxymoronic, and insofar as politics has something to do with government, a schism opens up between democracy and politics. Authentic democracy amounts to the revolt of the people, while the rule of the people would seem to be consigned to the status of economized democracy. Robust democracy is therefore an ‘ephemeral phenomenon,’ ‘protean and amorphous,’ rather than a ‘settled system’ or ‘institutionalized process.’ Democracy is robust *because* it is ephemeral; diminishing democracy’s apparent strength makes it more powerful. Protean and amorphous, democracy never falls from revolutionary openness into materiality; its unquestioned authority is premised on the impermanence of its power. While democracy can no longer be considered a form of govern, or a way of life, it is a fleeting, elevating ‘moment of experience’ against which government and society are judged.” (BILAKOVICS, S. *Democracy without politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 208).

¹⁶ Cf. HOLMES, S. *Passions and constraint: on the theory of liberal democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

¹⁷ Giovanna Borradori observa que: “(...) Arendt underlines the need for philosophy to recognize the extreme fragility of human laws and institutions, which she sees dramatically increased by the onset of modernity, taken as a cultural and historical paradigm. In this sense, she understood her philosophical responsibility in terms of a critique of modernity – an evaluation of the peculiar challenges presented to thought by modern European history. In it, the concept of totalitarianism features as the ultimate challenge.” (BORRADORI, G. *Terrorism and the legacy of the Enlightenment*. In: BORRADORI, G. *Philosophy in a Time of Terror*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003. p. 7). Para Borradori, apesar da diferença entre Habermas e Derrida, ambos seguem o modelo “arendtiano”. Tanto para Arendt como para Habermas e Derrida, o primeiro compromisso da filosofia é com as leis humanas e com as instituições que se desenvolvem ao longo dos tempos, isso nos habilita a tratá-los como filósofos posteriores ao Holocausto. O desafio em comum que lhes foi apresentado trata da possibilidade de desenhar horizontes alternativos para a depressão intelectual que permeou o momento da Segunda Guerra Mundial.

Os processos de produção da Constituição demandam a manutenção de procedimentos democráticos. Esta é a máxima legada pelas experiências do século XX. Por isso ela se projeta como um *imperativo*, universal,¹⁸ mesmo que os conceitos que procuram ser intercambiados¹⁹ possam ser reduzidos ou ampliados, de acordo com a correção, a *métrica* de quem conduz sua aplicação. A máxima disponibiliza reflexões complementares eis que, não é suficiente, ainda que seja indispensável, dentro deste paradigma, ater-se a procedimentos democráticos para a produção de *sentidos* normativos que regulem a sociedade.

Adorno observou que um novo imperativo categórico foi imposto por Hitler sobre uma humanidade sem liberdades: o de organizar suas reflexões e ações para que Auschwitz *não se repita*, para que nada similar ocorra. Contudo, quando *razões* são procuradas para este imperativo, ele é refratário, assim como o imperativo kantiano. Tratar o imperativo de maneira discursiva seria uma afronta, pois o novo imperativo nos fornece uma sensação de “adendo moral”, de uma agonia física insuportável à qual indivíduos foram submetidos.²⁰

As garantias procedimentais democráticas são *suplementares*, pois, não raro são os casos em que elas são precedidas por um “*nunca mais*”, por cinzas de guerra, pela *ruína* do “humano”, pela insuficiência, pela falta de direitos *humanos*. Eis que, mesmo ante a *inalienabilidade* de tais direitos e sua independência de qualquer aparato governamental, no momento em que seres humanos não puderam mais contar com seus próprios governos e tiveram que recorrer, submeter-se, aos seus *direitos mínimos*, não havia qualquer autoridade para protegê-los, não *restou* qualquer *instituição* que os garantisse.

O terrorismo do 11 de setembro foi uma negação da modernidade e da secularização, que estão associadas com o Iluminismo, que não se limita a ser um determinado período específico do século XVIII, mas a afirmação da democracia e a (tentativa de) separação do poder político de crenças religiosas.

¹⁸ “For now well over half a century, there has been a worldwide trend towards constitutional democracy. Moreover, the appeal of constitutionalism has reached beyond the nation-state and has become transnational if not yet fully global.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 1).

¹⁹ O campo econômico e o bélico podem utilizar a democracia para “justificar” suas decisões.

²⁰ ADORNO, T. W. *Negative Dialectics*. p. 365. “The integration of physical death into culture should be rescinded in theory—not, however, for the sake of an ontologically pure being named Death, but for the sake of that which the stench of cadavers expresses and we are fooled about by their transfiguration into ‘remains’.” (ADORNO, T. W. *Negative Dialectics*. p. 366).

Logo, pouco espanto pode derivar do fato de que as tentativas para formar novas Cartas de Direitos Humanos foram não apenas desenvolvidas por figuras políticas *marginais*, mas também a lembrança de que a *linguagem* usada na composição de tais disposições normativas possuía uma perturbadora semelhança com a *gramática* empregada para a prevenção da crueldade contra *animais*.²¹ Aquilo que *restou* para o humano foi a sua *animalidade*, o ambíguo *lugar próprio* das bestas, sua bestialidade.

Não há uma relação necessária de anterioridade *cronológica* do constitucionalismo ante a democracia, por isso, vários caminhos podem ser transpostos por aqueles que almejam definir o conjunto normativo de uma comunidade política no sentido de garantir sua autodeterminação.

A Constituição não se limita ao texto constitucional, não se trata apenas do ato de positivar um conjunto de valores fundamentais e limites aos poderes. Deve-se reconhecer a importância dos limites constitucionais mas, igualmente, as *limitações* das próprias barreiras ao poder e das mediações comunicativas que as instituem.²² As operações nas *margens* do poder são um indicativo significativo nesse sentido.²³

²¹ ARENDT, H. *The Origins of the Totalitarianism*. p. 291-292.

²² Um exemplo disso pode ser observado no caso *McCulloch v. Maryland* (1819) em que a Suprema Corte dos Estados Unidos discutiu a possibilidade de o Congresso criar um Banco. Enquanto Alexander Hamilton acreditava que o Banco poderia ser criado, Thomas Jefferson discordava da hipótese. O Congresso criou o “Banco dos Estados Unidos” e o Presidente Washington ratificou a lei. Em 1811 a lei expirou e, em 1816, o Congresso criou o “Segundo Banco dos Estados Unidos” e o Presidente Madison ratificou a lei. O Banco estabeleceu filiais em todo o país, inclusive em Maryland que editou uma lei impondo um tributo sobre os Bancos. O Justice Marshall, em famoso voto, afirmou que: “Among the enumerated powers, we do not find that of establishing a bank or creating a corporation. But there is no phrase in the instrument which, like the articles of confederation, excludes incidental or implied powers; and which requires that everything granted shall be expressly and minutely described. Even the 10th amendment, which was framed for the purpose of quieting the excessive jealousies which had been excited, omits the word ‘expressly’, and declares only that the powers ‘not delegated to the United States, nor prohibited to the states, are reserved to the states or to the people;’ thus leaving the question, whether the particular power which may become the subject of contest has been delegated to the one government, or prohibited to the other, to depend on a fair construction of the whole instrument.”. O tributo estadual foi declarado inconstitucional pela Corte com fundamento em um conceito que passou a ter muita importância na posterioridade. A ideia de “poderes enumerados” e “não enumerados” é fundamental para tratar dos poderes e seus limites, logo, o voto de Marshall expõe que os “poderes implícitos”, embora não necessariamente venham a ser escritos, positivados, são indispensáveis para a condução do governo e sua fonte é derivada do “povo”, mediado por seus representantes. O exemplo é importante por indicar não apenas um embate sobre o federalismo, mas também sobre os instrumentos necessários para o exercício do poder público.

²³ “Quebec separatists are not against modern constitutionalism as it has evolved from its eighteenth century Enlightenment origins in Paris and Philadelphia. Indeed, were Quebec to secede from Canada, most

A dificuldade está na manutenção da acessibilidade aos processos de redefinição da configuração do *Povo*, os quais demandam a conservação de uma parcela dos *acordos*, *pactos*, das *promessas* feitas pelas gerações anteriores. Para *criar* o novo partes daquilo que é considerado *velho* precisam ser conservadas, enquanto as gerações posteriores não podem ser sacrificadas.

Esse é o arranjo para que se possa garantir algum grau de abertura na atualização das liberdades,²⁴ a capacidade de responder aos apelos sociais pela redefinição dos sentidos normativos que constituem a comunidade, ante a permanente redefinição das relações humanas quanto à configuração das mediações intersubjetivas e intertextuais.

A partir disso faz-se possível afirmar que a Constituição não está morta, seu texto sedimenta acordos e abre a possibilidade para que novos sejam realizados. Mas, o que Constituição e sua escritura estão *constituindo*? O que elas *representam*? E o que é uma Constituição viva (ou morta)?

Diante dos textos e das distintas temporalidades que estes enredam, a narração possibilita uma reflexão sobre a *máxima* com o auxílio de outras categorias como a intertextualidade e seu caráter intergeracional. Isso porque, se é da gênese, do ato de gerar que o início do tempo pode ser contado, as narrativas que nos antecedem e constituem precisam dos vivos para serem perpetuadas (superar a ação do tempo), os vivos mantêm as mediações comunicativas que preservam tais convenções.

Mas quem é ou *deve ser* o guardião dos textos,²⁵ das instituições, dos acordos que marcam as fronteiras do “nós”, que *nos* constituem? A resposta para tal questão passou a ser necessariamente conjugada no *plural*, ante os conflitos que serão realizados não apenas pela representação institucional, como também pela possibilidade de inscrição dos sentidos nos *modos de ser*.

separatists would undoubtedly insist on constitutional democracy for their newly sovereign nation-state. And so would, most likely, Basque and Catalan separatists in Spain. What these separatists object to is not constitutionalism *per se*, but constitutionalism on the scale of the multi-ethnic nation-state from which they aspire to secede.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 2).

²⁴ Cf. NEUHOUSER, F. *Fundations of Hegel's Social Theory: actualizing freedom*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

²⁵ Cf. DERRIDA, J. *A farmácia de Platão*. São Paulo: Iluminuras, 1997.

1. Memórias do subsolo

(...) o homem é um animal criador por excelência, condenado a tender conscientemente para um objetivo e a ocupar-se da arte da engenharia, isto é, abrir para si mesmo um caminho, eterna e incessantemente, *para onde quer que seja*. Mas talvez precisamente por isto lhe venha às vezes uma vontade de se desviar, justamente por estar *condenado* a abrir esse caminho, e talvez ainda porque, por mais estúpido que seja um homem direto e de ação, ocorre-lhe às vezes que o caminho vai quase sempre *para alguma parte*, e que o principal não está em saber para onde se dirige, mas simplesmente em que se dirija (...)²⁶

1.1 *Arcana Imperii*

A definição de *quem* pode falar dentro da comunidade política é determinante para a sua composição. Tal questão se coloca no encontro entre o poder e a linguagem, na estratificação de autorizações, o meio pelo qual o fenômeno jurídico se organiza no Ocidente. O ato político de determinar limites ao poder engendra a criação e a atribuição de poderes, de quem pode falar *em nome* da comunidade política, quem pode administrar o Povo e quem pode decidir os conflitos que surgem na sociedade. A organização da burocracia do Estado moderno é o reflexo primeiro dos valores que a própria modernidade procurou estabelecer e conservar.

A fixação do contrato social e os pressupostos que estão envolvidos na escritura da Lei da comunidade política são acompanhados da indagação anterior: qual a razão de termos leis, ou, qual “a razão” da lei, qual o pretexto para precisarmos de leis? Qual é a *episteme* ou a *tecnhe* do Direito, a quem serve a arte da *juris prudentia*?

A fabricação de institutos jurídicos parece eclipsar ou esvaziar os espaços de abertura para a sua própria definição: a lei determina quem pode *acessar a gramática* da lei, quem é autorizado a acessar a moldura institucional que define as margens da comunidade política. As instituições jurídicas conferem razões

²⁶ DOSTOIÉVSKI, F. *Memórias do Subsolo*. São Paulo: Ed. 34, 2000. p. 46

para que sua operação produza efeitos particulares, afirme a especificidade do *jurídico*.

Trata-se de uma estrutura da razão, a fabricação de instituições que vinculam a reprodução e a vida da sociedade. A função das instituições está tanto na decisão sobre quais serão as representações que irão conformar a narrativa da Nação,²⁷ como nas traduções normativas que irão conferir organização para a sociedade.²⁸

A estrutura das instituições criadas pelas sociedades procura guiar o princípio da razão – ou ser guiado por ele. A organização (racional/sistêmica) é um meio de ofertar aos sujeitos uma via de escape para a *ausência* de razões. Para tanto, as instituições precisam produzir um *sentido* para o sujeito, para que este possa ter uma *vida humana*, ou acreditar que conduz sua vida e que esta é protegida pelo fato de ele ser um *ser humano*. Esses são os mecanismos que operam no arcabouço da construção de categorias jurídicas que definem a vida civil.²⁹

²⁷ “A idéia de um organismo sociológico atravessando cronologicamente um tempo vazio e homogêneo é uma analogia exata da idéia de nação, que também é concebida como uma comunidade sólida percorrendo constantemente a história seja em sentido ascendente ou descendente.” (ANDERSON, B. *Comunidades imaginadas*. p. 56).

²⁸ LEGENDRE, P. The Lost Temporality of Law. In: *Law and Critique*. v. 1 n. 1, 1990. p. 5.

²⁹ De acordo com Legendre o Direito Civil conforma uma parte essencial do discurso da Razão no Ocidente. LEGENDRE, P. The Lost Temporality of Law. p. 6. Mas, deve-se ir além e observar que também a esfera criminal é responsável pela determinação do *humano*. As decisões da Suprema Corte dos EUA sobre eugenia são ilustrativas de como o Direito determina a vida, a morte e o direito a dar continuidade à vida, à reprodução. Ver o caso *Buck v. Bell* (1927), em que a Suprema Corte decidiu que a esterilização de pessoas em instituições públicas que tratavam de demência no Estado da Virginia poderia ocorrer de maneira compulsória, de modo a proteger a “saúde do estado”. De acordo com a Corte a esterilização não violava a cláusula do Devido Processo Legal protegida na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos. Em seu voto o Justice Holmes afirmou: “We have seen more than once that the public welfare may call upon the best citizens for their lives. It would be strange if it could not call upon those who already sap the strength of the State for these lesser sacrifices, often not felt to be such by those concerned, in order to prevent our being swamped with incompetence. It is better for all the world, if instead of waiting to execute degenerate offspring for crime, or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind. The principle that sustains compulsory vaccination is broad enough to cover cutting the Fallopian tubes.”. O caso de Carrie Buck foi revertido com o julgamento de *Skinner v. Oklahoma* (1942) em que o Justice Douglas afirmou: “He is forever deprived of a basic liberty. We mention these matters not to reexamine the scope of the police power of the States. We advert to them merely in emphasis of our view that strict scrutiny of the classification which a State makes in a sterilization law is essential, lest unwittingly or otherwise invidious discriminations are made against groups or types of individuals in violation of the constitutional guaranty of just and equal laws.” No caso da Alemanha, foi editada em julho de 1933 a “Lei para prevenção da prole com doenças hereditárias” (Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses). No Brasil o movimento eugenista foi liderado por Renato Kehl, que defendeu na década de 1920 concepções radicais de tal

Isso conduz ao caráter representativo das instituições. Em cada sociedade o discurso de fundação acaba por se tornar uma comemoração, uma ritualização, uma celebração.³⁰ Trata-se de dar vida, por meio do discurso, à *representação da fundação*, que habilita o funcionamento das categorias que governam as sociedades. Cria-se a dramatização política que permite a narração da origem da comunidade, das leis, da autoridade e das razões. Os termos que possibilitam que uma sociedade se organize estão no passado e na representação deste para os vivos.³¹

A transposição dos termos do passado demanda um intérprete, o qual ocupa uma posição especial de poder na definição das representações que organizam a comunidade política. Para além da recepção dos símbolos da tradição jurídica pelo mundo moderno, aquilo que inscreve a lei *no coração* das pessoas é o significado (atual) de tais mecanismos e seu funcionamento. A ênfase está no espaço de poder ocupado pelo intérprete institucional, oficial, aquele que *decifra* o passado, *produz* sentidos, dirige a comunidade política e a capacidade ou a possibilidade de compreensão da lei pelas pessoas.

Pierre Legendre observa que apesar de o Cristianismo ter perdido parte de suas funções sociais com a secularização apregoada pela modernidade, os Estados procuraram produzir e absorver sistemas institucionais, além de reencenar mecanismos administrativos como o “Intérprete universal” em sua referência terrena. A mitologia da *Palavra viva*, da qual pode ser derivada a ideia de um Estado legislador, permitiu o fim da relação *corporal* entre o comentador e

procedimento. Além de restrições na política migratória, a obrigatoriedade do exame pré-nupcial e o controle de matrimônios, as políticas eugênicas abrangiam a esterilização de inaptos e a segregação racial, pautadas no determinismo biológico. Ver: SOUZA, V. S. *A política biológica como projeto*: a “eugenia negativa” e a construção da nacionalidade na trajetória de Renato Kehl (1917-1932). Mestrado em História, Casa de Oswaldo Cruz/Fiocruz, Rio de Janeiro, 2006; SCHWARCZ, L. M. *O Espetáculo das Raças*: cientistas, instituições e a questão racial no Brasil do século XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

³⁰ LEGENDRE, P. *The Lost Temporality of Law*. p. 8.

³¹ “It means, in terms of the poetic formula of a living Word incarnated by the Pope (in the words of the maxim: he has all rights in the archive of his heart), that the Tiers of juridical categories, the founding Tiers, is at once the theatrical representation of the absolute Reference and the political principle from which is derived canon law, that considerable part of the Ius Commune, the Common Law of Europe, with which was gradually associated with the idea of the State.” (LEGENDRE, P. *The Lost Temporality of Law*. p. 8).

a escritura, e o texto pôde se tornar *apenas* um documento (ordinário) portador de informações.³²

A razão da origem das leis – o pré-texto – suscita a questão do mitológico ou do *mythos*. A história que revela a *verdadeira* origem do mundo e dos seres humanos, as rememorações transmitidas oralmente pela poesia que procuram constituir sentidos.³³ A representação da origem das leis acompanha a definição de limites, pode-se suspender as referências a mitologias, a religiões antigas, mas o imperativo estrutural de *traçar limites* aproxima-se não apenas do jurídico ou não jurídico, mas também do humano e do *inumano*.³⁴

As reflexões sobre a origem das leis cumprem a função normativa de entrelaçar a comunidade política. Os discursos, a palavra, relacionam-se com o indizível, o cenário silencioso em que os argumentos são proferidos. Isso

³² LEGENDRE, P. *The Lost Temporality of Law*. p. 9-10.

³³ Aquilo que é buscado no *Timeu* de Platão trata da distinção entre aquilo que “é”, está sendo, e aquilo que está “por vir” e que, por isso, não “chega a ser”. A distinção entre o inteligível e o sensível está vinculada à diferenciação epistemológica dos diferentes níveis ontológicos, pois aquilo que “é” cabe à razão enquanto aquilo que está “por vir” deve ser capturado pelos sentidos. A *doxa* submete-se às coisas “por vir” enquanto a *episteme* continua a *ser*. *Timeu* propõe-se a apresentar um discurso sobre a origem do mundo que, apesar de ter de se situar no plano da *episteme* (e da verdade), acaba por estar mais próximo do “por vir”, do sensível, pois é visível, tangível e possui um corpo. O dilema se apresenta na possibilidade da construção de um discurso (verdadeiro e estável) sobre aquilo que está “por vir”. Todo o cosmos depende desta resposta, e como todas as coisas que estão “por vir” foram geradas por alguma causa (anterior), a resposta está na divindade (o demiurgo) que fabricou o mundo a partir de um arquétipo imutável. Logo, o próprio mundo é uma *representação*, por isso, a descrição de como ele foi produzido também vai ser uma representação, sem que isso invalide o papel da figura divina que cria o mundo e que se retira após completar sua tarefa e entrega parte de sua “obra” às criaturas que o habitam. “Na minha opinião, temos primeiro que distinguir o seguinte: o que é aquilo que é sempre e não devém, e o que é aquilo que devém, sem nunca ser? Um pode ser apreendido pelo pensamento com o auxílio da razão, pois é imutável. Ao invés, o segundo é objecto da opinião acompanhada da irracionalidade dos sentidos e, porque devém e se corrompe, não pode ser nunca. Ora, tudo aquilo que devém é inevitável que devesse por alguma causa, pois é impossível que alguma coisa devesse sem o contributo duma causa. Deste modo, o demiurgo põe os olhos no que é imutável e que utiliza como arquétipo, quando dá a forma e as propriedades ao que cria. É inevitável que tudo aquilo que perfaz deste modo seja belo. Se, pelo contrário, pusesse os olhos no que devém e tomasse como arquétipo algo deveniente, a sua obra não seria bela.” (PLATÃO. *Timeu-Critias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011. p. 93-94). O demiurgo é uma divindade mimética, fabrica o mundo a partir de ideias (imutáveis) e procura *criar* a ordem para aquilo que estava desordenado. “Dissemos também que o que devém é inevitável que devesse por alguma causa. Porém, descobrir o criador e pai do mundo é uma tarefa difícil e, a descobri-lo, é impossível falar sobre ele a toda a gente. Mas ainda quanto ao mundo, temos que apurar o seguinte: aquele que o fabricou produziu-o a partir de qual dos dois arquétipos: daquele que é imutável e inalterável ou do que devém. Ora, se o mundo é belo e o demiurgo é bom, é evidente que pôs os olhos que é eterno; se fosse ao contrário – o que nem é correcto supor –, teria posto os olhos no que devém. Portanto, é evidente para todos que pôs os olhos no que é eterno, pois o mundo é a mais bela das coisas devenientes e o demiurgo é a mais perfeita das causas.” (PLATÃO. *Timeu-Critias*. p. 95).

³⁴ Cf. THOMAS, K. Are Transgender Rights *Inhuman* Rights? In: CURRAH, Paisley; JUANG, Richard M.; MINTER, Shannon Price. *Transgender Rights*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006.

reafirma a questão da ritualidade, da comunicação humana, do governo e dos discursos de celebração, bem como a *instituição da vida* pelo direito, dos elos que vinculam os elementos biológicos, sociais e inconscientes do *humano*.³⁵

A difícil tarefa de aceitar a finitude, a acessão da mortalidade demanda um garantidor, um lugar “sagrado” ou inacessível, que encena a origem ou a causa do sujeito e fornece as razões que evidenciam os limites temporais da vida, sua origem e seu destino.³⁶

O corpo da coletividade, a “pessoa” coletiva pode ocupar a posição de uma entidade ao mesmo tempo *soberana e imortal*. Por isso, a família e o reino eram vistos como as corporações imortais por excelência. A efígie real representava a imortalidade do *corpo político* ao condensar a figura individual dos reis em uma única imagem que representava a soberania,³⁷ eis que esta não permanecia no corpo privado (mortal) dos reis, mas sim, em seu corpo público (espiritual). O mesmo pode ser observado quanto ao *Pater famílias* que incorporava a personalidade legal da família e seria responsável por seus assuntos.³⁸

O corpo da comunidade, observa Lior Barshack, é a fusão sagrada derivada de rituais que definem a identidade da sociedade, a projeção do corpo da comunidade fora do âmbito social, e sua respectiva transformação em uma transcendência permite um grau avançado de separação interpessoal e autonomia individual, além de esferas seculares de interação.³⁹ Quanto mais abstrata e “transcendente” for a projeção do corpo social, mais espaço pode ser

³⁵ “In our time, when secularized and management-orientated States take the place formerly occupied by two powers (the local monarchies and the Roman Pontiff) which expressed themselves according to the unitary logic of Christianity, ritual and ceremony are in some sense diluted within society, with the exception of official occasions when States take on the image of the divine or the totemic.” (LEGENDRE, p. The Lost Temporality of Law. p. 17)

³⁶ DOUZINAS, C. GEAREY, A. *Critical Jurisprudence*. p. 13-14.

³⁷ KANTOROWICZ, E. H. *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

³⁸ “The separate corporate personality of the family and the state is associated with the mythical person of their founding ancestors. The examples of the family and state suggest that the corporation is identified with the person of a symbolic founding ancestor of a descent group, such as the mythical, heroic founder of a Roman family, the founder of a royal dynasty or the founding fathers of modern nation states.” (BARSHACK, L. The Body Politic in Dance. In: GOODRICH, P.; BARSHACK, L.; SCHÜTZ, A. *Law, Text, Terror*. London: Glass House Press, 2006. p. 52).

³⁹ BARSHACK, L. The Body Politic in Dance. p. 53.

criado para o desenvolvimento da autorregulação subjetiva; contudo, por mais distante que o *espectro* comunal se encontre, ele continua a exercer seu poder sobre os indivíduos e a determinar os objetivos coletivos.⁴⁰

O direito confere significação para o “real”, funda o social, estabelece instituições e cria sujeitos, fabrica o *humano*, institui a vida (*vitam instituere*), as *formas do ser*.⁴¹ O texto jurídico é o sistema técnico específico da vida social, o meio de transmissão que explica as razões por que os sujeitos devem permanecer em uma mesma comunidade política. A norma é inscrita internamente nas subjetividades, a lei externa (heteronomia) precisa ser identificada como *própria* (introjetada) – atualiza-se a liberdade mediante a reflexão, das passagens entre os âmbitos externo e interno do sujeito.

Defrontar-se com o fato de que o mundo é dado ao humano pela linguagem e suas respectivas disposições, seus processos. Estes separam, classificam, ordenam o *sujeito*, colocam barreiras para aquilo que lhe é exterior. Mesmo o *nascimento* e a *morte* surgem como determinações estruturais e não *eventos*, pois o humano é uma “montagem”, um *ser* que deve sua existência à cultura em que está *registrado*.⁴²

O Estado ocupa o lugar de prever o futuro das gerações vindouras. Trata do futuro do jogo institucional, da produção de imagens que *sujeitam* aqueles que se encontram sob sua jurisdição. O papel do Estado está em dispor e interpretar categorias jurídicas, acessar o cerne dos institutos do Direito e instituir procedimentos sociais que irão versar sobre a fecundidade e os limites das gerações posteriores.

⁴⁰ “As container of forbidden communal bliss, the corporate body is the ultimate object of social love. The love of the corporate body reveals itself in the love of law and adherence to the myth, and in the universal belief in the benevolence of ancestral authority. It has to be distinguished from fascist and communitarian versions of patriotism, in which the object of social love is the communal rather than the corporate body of the group. The fascist version of political love allows no room for autonomy and pluralism, while the social love for the corporate body consolidates individualism and the rule of law.” (BARSHACK, L. *The Body Politic in Dance*. p. 55)

⁴¹ “From the very start, then, we must consider something not so simple to consider: the idea of law depends on the idea that our societies make themselves out of their own notion of life.” (LEGENDRE, P. *The Other Dimension of Law*. In: GOODRICH, P.; CARLSON, G. *Law and the postmodern mind: essays on psychoanalysis and jurisprudence*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1998. p. 175).

⁴² LEGENDRE, P. Appendix: Fragments. In: GOODRICH, P.; BARSHACK, L.; SCHÜTZ, A. *Law, Text, Terror*. London: Glass House Press, 2006. p. 149.

Ao soberano é atribuído o predicado político de *dizer* aquilo que constitui a relação entre significados, o elo entre a palavra, o signo (*verbum*) e a coisa (*res*). Tal poder está expresso na produção legislativa, na função estatal de conferir sentido ao *ser*, na jurisprudência, nos institutos autorizados para realizar interpretações.⁴³ As práticas discursivas e os espaços de produção e reprodução dos cânones oficiais conferem parcialmente a resposta para a questão que transpassa todo o meio social, “qual a razão das leis?” e preenche a lacuna deixada por uma eventual ausência do *mythos*.

A jornada hermenêutica toma lugar com a própria invenção do discurso. *Hermes* é aquele responsável por *transportar a mensagem* normativa da fundação, além das formas culturais. Ele é o responsável pelo preparo do espaço “sagrado” – que não se abre ou é inacessível para o sujeito – em que a narrativa que inscreve as origens é realizada, as razões do *ser* e a lei transmitida para o *ser*. *Hermes* é o condutor das representações instituintes e instituídas da lei.⁴⁴

As máquinas discursivas do *Hermes* moderno indicam como a justiça está inscrita no âmbito do sagrado (*sacer*), enquanto aos juristas cabe o cultivo da justiça; por tal motivo eles eram chamados de clérigos da razão – os sacerdotes do Direito.⁴⁵ O direito se apresenta como um conjunto de narrativas que assumem a função de traduzir as interdições para o *animal falante*, à dimensão institucional dos limites, das margens, das fronteiras que constituem e guiam o *ser*.⁴⁶

O poder do Estado está vinculado à história da transmissão do poder religioso. Cumpre a tarefa antropológica – que era destinada à dimensão sagrada – de dividir *palavras* e *coisas*. Trata-se do mesmo poder que define os gêneros, o *terceiro* ente que separa,⁴⁷ o criador das categorias normativas dos (dois, “naturais”) sexos e guardião das interpretações, aquele que assegura as

⁴³ LEGENDRE, P. The Other Dimension of Law. p. 177.

⁴⁴ LEGENDRE, P. The Other Dimension of Law. p. 183.

⁴⁵ LEGENDRE, P. The Other Dimension of Law. p. 182-183.

⁴⁶ “In any culture, it is not enough to produce human flesh; it is still necessary to institute it for it to live, for life to reproduce. To institute the subject is to institute life.” (LEGENDRE, P. The Other Dimension of Law. p. 184)

⁴⁷ LEGENDRE, P. The Other Dimension of Law. p. 189.

filiações, a *descendência*, a posterioridade (viva) das narrativas. O que reforça a tese de que os documentos jurídicos, “próprios” do Direito, são *artefatos culturais* de uma determinada época, mas que procuram sobreviver por tempo indeterminado nas instituições que habitam.

1.2 *Chiaroscuro*

Upon the earth's increase why shouldst thou feed,
Unless the earth in thy increase be fed?
By law of nature thou art bound to breed,
That thine may live, when thou thyself art dead;
And so in spite of death thou dost survive,
In that thy likeness still is left alive.⁴⁸

A estrutura jurídica e política moderna possui, em sua origem, marcos que cumprem dupla função: a busca pela separação ríspida dos referenciais do *Ancien Régime*, mas, ao mesmo tempo, a formulação de uma *nova identidade* política e jurídica que viesse a prevalecer no Ocidente, o *projeto* da modernidade.⁴⁹

Inspirado pelas mudanças de sua realidade, Tocqueville desenvolveu a tese de que a humanidade *necessariamente* seria levada à *democratização* em um futuro próximo e que, ainda que as obras da revolução *não tivessem sido terminadas*, não haveria nada parecido com os eventos ocorridos no Novo Mundo no cenário histórico até então apresentado,⁵⁰ por isso, aquilo que seria determinante era a “marcha do espírito” pelas trevas.

⁴⁸ SHAKESPEARE, W. Venus and Adonis. In: DUYCKINCK, G. L. (ed.) *The Complete Works of William Shakespeare*. Philadelphia: Porter & Coates, 1869. p. 913.

⁴⁹ Cf. HABERMAS, J. *The philosophical discourse of modernity: twelve lectures*. Cambridge: MIT Press, 1987.

⁵⁰ Sobre a questão, observa Tocqueville que: “Essa sociedade nova, que procurei retratar e pretendo julgar, acaba de nascer. O tempo ainda não lhe determinou a forma; a grande revolução que a criou ainda dura e, no que sucede hoje em dia, ainda é quase impossível distinguir o que deve passar com a revolução e o que deve permanecer depois dela. O mundo que se ergue ainda está escondido pela metade nos escombros do mundo que se desfaz, e, em meio à imensa confusão que os negócios humanos apresentam, ninguém poderia dizer o que ficará em pé das velhas instituições e dos antigos costumes e o que acabará desaparecendo. Se bem que a revolução que se opera na estrutura social, nas leis, nas idéias, nos sentimentos dos homens, ainda esteja longe de estar terminada, já não se pode comparar suas obras com nada do que se viu anteriormente no mundo. Voltemos, de século em século, até a Antiguidade mais recuada; nada vemos que se assemelhe ao que está diante de nossos olhos. Não podendo mais o passado

Outra característica significativa é a de que, desde sua origem, os Estados Unidos procuraram estabelecer uma União, transpor os empecilhos encontrados pela Confederação, por isso, na apresentação dos objetivos dos artigos que compõem a obra “O Federalista”, Alexander Hamilton defende a importância da União para a prosperidade política, a necessidade de um governo, uma Constituição, com os *verdadeiros* princípios do governo republicano;⁵¹ além da manutenção do governo, da liberdade e das propriedades.

Esboçavam-se, portanto, as diretrizes para uma sociedade organizada pela cidadania igualitária, ainda que o paradoxo da exclusão de *muitos* da arena política continuasse a ser uma realidade sangrenta, a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento do povo. Tinham-se os primeiros traços da soberania popular e do constitucionalismo moderno.⁵²

Isso pode ser observado na crença dos revolucionários franceses de que estavam a instaurar uma *nova era histórica*, de que eles inaugurariam um “mundo novo”. A proposta de inovação radical espalhou-se para a reestruturação dos referenciais históricos, de tal modo que propunham que a história adotasse um novo marco para sua contagem, não mais o nascimento de Jesus Cristo, mas a Revolução, a gênese da era das luzes.⁵³

esclarecer o futuro, o espírito marcha, então, por entre as trevas.” (TOCQUEVILLE, A. A Democracia na América. In: WEFORT, F. (org.) *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 317).

⁵¹ HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics, 2003.

⁵² Ainda que possa ser buscado um conceito *unificado* para o signo “Constituição” que se mantém como ideia (arquetípica) ao longo da história, está-se a tratar da percepção moderna da Constituição e do constitucionalismo, com seus empecilhos e avanços, com suas “conquistas”, mas, também, com um olhar sobre aquilo que *excede* o projeto moderno. Ainda, tal postura possibilita inclusive questionar a própria “modernidade” ou aquilo que há de “novo” nas estruturas normativas vigentes. Para Ernest Renan, as nações, como são compreendidas na modernidade são algo bastante novo na história. A antiguidade não as conheceu; Egito, China, a antiga Caldeia, não foram de modo algum “nações”, de outra sorte, consistiam em “manadas” conduzidas por um filho do Sol ou um filho do Céu. Por isso, afirma Renan, não houve cidadãos egípcios, do mesmo modo que não existem cidadãos chineses. A antiguidade clássica teve repúblicas locais e reinos municipais, confederações de repúblicas locais e impérios; mas não teve nações no sentido que nós as entendemos. RENAN, E. *¿Qué es una nación?* Madrid: Alianza Editorial, 1987. p. 61.

⁵³ A criação do “Calendário Republicano” é um exemplo de tal proposta. O calendário foi revogado por Napoleão em 1805.

O *espírito da mudança* pode ser observado em diversos elementos da Revolução Francesa, contudo, Jules Michelet, o pai da dicotomia entre o brilho do “Renascimento” e o terror da “Idade Média”, é um importante exemplo da disputa da escrita entre vivos e mortos: “Esse homem morto é a velha França; esse ataúde é o caixão da antiga monarquia. Coloquemos nele para sempre os sonhos com que somos acalentados, a realeza paternal, o governo da Graça, a clemência do monarca e a caridade do padre, a confiança filial, o abandono aos deuses deste mundo (...)”.⁵⁴

A velha França e o ataúde da monarquia abrem caminho para que um *novo mundo* nasça. Aniquilado pelo amor e ferido pela caridade, ele renascerá pela Lei, pela Justiça e pela equidade,⁵⁵ a redenção do mundo se faz possível pela restrição dos poderes do soberano ou seu extermínio. Mas, enquanto o Palácio de Versalhes era esvaziado, outras formas de poder ou de instituição do político (e da política) estavam a ser orquestradas.

Pois, ainda que Michelet tenha cumprido um importante papel na definição do “destino” da Nação francesa, ao propor a redefinição de valores, produzir uma renovada perspectiva para a narrativa da Nação, além de realizar uma crítica radical do Antigo Regime como teológico-político destruído pela Revolução, sua perspectiva apologética da modernidade foi circunscrita ante a *permanência* do teológico-político.⁵⁶

Vive-se ante a tensão perene entre a ideia de que a religião é o horizonte último da vida humana e o direito é fonte última da autocriação (autodeterminação) humana. Tais ideias são fundamentais para conferir, por sua vez, a noção de que podem ser criadas *raízes* em um determinado espaço e tempo, os conceitos de *tradição* e *identidade*.

A passagem entre a subjetividade e a exterioridade representada pelo Povo, pela Nação. Mas, também, em tese, vive-se ante a faculdade de se

⁵⁴ MICHELET, J. *História da revolução francesa*: da queda da Bastilha à festada Federação. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 68.

⁵⁵ MICHELET, J. *História da revolução francesa*. p. 68.

⁵⁶ Michelet era um historiador com uma memória vívida dos acontecimentos do Antigo Regime. Estava perante as diferenças substantivas entre uma forma de organizar as relações de poder que esvanecia e novos experimentos de organização da sociedade que estavam por emergir.

libertar de tais raízes e, no turbilhão de *indeterminações*, a capacidade de se libertar das autoridades (do passado, da heteronomia), ante a (re)fabricação do mundo em que se está a compartilhar politicamente.

Segundo Claude Lefort, no século XVI já era possível esboçar sinais de uma redefinição entre a política e a religião, ante o desenvolvimento de novas reflexões para a questão da *fundação* da ordem civil, bem como as crises na autoridade religiosa presentes na Reforma Protestante. No século XIX a presença dos significados religiosos ainda era determinante para averiguar as transformações políticas da sociedade, entretanto, isso passou a ser negado de maneira mais contundente no século XX.⁵⁷

Para Lefort, a permanência do teológico-político não seria necessária se a democracia fosse capaz de se separar do passado. Por isso o político – o lugar em que *novo* procura ocupar na modernidade – ainda carrega muitas estruturas teológicas anteriores. Um dos principais elementos que o teológico e o político compartilham é capacidade de fazer com que as pessoas *consintam* perante um regime, eles determinam a maneira do (dever) *ser* em sociedade. A forma simbólica da pré-modernidade e da modernidade está justamente em suas respectivas capacidades de *instituir*, conferir um significado para a identidade social.⁵⁸

O político refere-se à *produção*, à *genealogia* da sociedade, às diferentes formas em que a sociedade se apresenta, abarca o modo de *instituição* da vida em sociedade, a organização do governo, a configuração dos espaços e do *tempo*. Em decorrência disso, a importância *reflexiva* do passado está na forma como este é observado, internalizado, quais suas imagens presentes e, além disso, como ele produz aquilo que é definido como *próprio* da sociedade (seus pactos, suas promessas).

⁵⁷ LEFORT, C. The Permanence of the Theologico-political? In: VRIES, H.; SULLIVAN, L. E. *Political theologies: public religions in a post-secular world*. New York: Fordham University Press, 2006. p. 148.

⁵⁸ Lefort assinala que o fenômeno religioso continua a existir por meio de novas crenças e novas representações. Estas crenças podem, a qualquer momento, reemergir em formas tradicionais ou renovadas. A noção moderna de política se apresentou como uma espécie de desconhecimento de uma parte do social, dos processos que fazem com que as pessoas consintam ante um determinado regime. Cf. LEFORT, C. *Democracy and Political Theory*. Cambridge: Polity, 1988.

Os projetos de uma separação epistêmica rígida entre os domínios do político, do jurídico, do econômico e do religioso só podem ser conduzidos de forma analítica ante uma imagem anterior de uma ideia substantiva da dimensão social – de uma forma primeira, um *arquétipo*.

Observa-se a eclosão tanto de formas (*mise en forme*) como dos sentidos (*mise en sens*) nas relações sociais, as quais criam a cena (*scène*), a organização das intersubjetividades. Assim, a instituição da identidade (do sujeito) demanda condições para que ela mesma seja compreendida,⁵⁹ de tal modo que ela emprega uma multiplicidade de signos para esboçar uma *quase-representação* de si mesma a ser incorporada, inscrita, compartilhada e reproduzida.

A elaboração das formas políticas possibilita que diferentes dimensões da experiência humana do mundo possam ser organizadas pelas formas religiosas. Anota Lefort que, por meio de formas teológicas e políticas, o reino do visível morre e os vivos podem fazer referência aos mortos (narrar suas histórias). Preserva-se a palavra humana com referência a um *pacto* originário, pois, pela via do contrato social a gramática política é garantida, direitos e deveres são conservados, a *escritura* (da lei) garante o “(...) acesso político e religioso ao mundo”.⁶⁰

A democracia moderna testemunha uma modelação específica da sociedade, a projeção de *novas* determinações (significados) em que se faz importante *diferenciar* o passado e sua herança, do alcance dos modelos do passado na configuração das relações que se apresentam nos espaços de poder. Para Lefort, a característica distintiva do político nas democracias modernas é a de apresentar o *poder* como um *espaço vazio* e a manutenção de uma *lacuna* entre o simbólico e o real.⁶¹ O poder não pertence a nenhuma

⁵⁹ LEFORT, C. The Permanence of the Theologico-political? p. 155.

⁶⁰ LEFORT, C. The Permanence of the Theologico-political? p. 156. “What philosophy discovers in religion is a mode of portraying or dramatizing the relations that human beings establish with something that goes beyond empirical time and the space within which they establish relations with one another. This work of the imagination stages [met en scène] a different time, a different space. Any attempt to reduce it to being simply a product of human activity is doomed.” (LEFORT, C. The Permanence of the Theologico-political? p. 157)

⁶¹ LEFORT, C. The Permanence of the Theologico-political? p. 159.

pessoa em específico, aqueles que exercem o poder não o possuem, não o *incorporam*, a autoridade in-vestida aos agentes públicos é, a princípio, o resultado de uma *manifestação* (mediada) da *vontade do Povo*.

O próprio poder não pode ser afastado do processo pelo qual institui-se a sociedade – sua identidade – que realiza divisões, determina quem está “dentro” e “fora”, produz sua *Constituição*. Nos termos de Lefort, a institucionalização do *conflito* é uma elaboração jurídica que permite identificar um campo específico para as políticas: um espaço de competição entre protagonistas cujos modos de ação e programas designam a demanda por exercício da autoridade pública.⁶²

O povo constitui uma posição que se define como a *identidade* de um *sujeito*. A transferência da soberania para o *Povo* e sua expressão, o exercício do poder *em seu nome*, a representação do *Povo*. Mas esta é uma identidade *latente*, como *potência*, intermediária entre o *real* e o *simbólico*. Depende de um discurso que lhe confira um *nome*, que consiga produzir unidade, homogeneidade ante a multidão.⁶³ O *status* de *sujeito* garantido à coletividade, ao Povo, precisa ser definido em termos de uma Constituição,⁶⁴ por meio da *identidade do sujeito constitucional*.⁶⁵

As categorias do passado ainda continuam a reverberar, a organizar partes significativas da sociedade; contudo, a identidade do sujeito constitucional é um dos conceitos que permitem observar compromissos políticos do passado (heteronomia) e a articulação de novas definições no horizonte das determinações que a sociedade (dos vivos) procura expor para si própria (autonormatividade).

No que toca à ideia de Nação, um exemplo pode ser observado, pois, ao mesmo tempo em que ela sintetiza o conceito que reúne as representações do Povo sobre si mesmo, além de possuir uma posição privilegiada com os

⁶² LEFORT, C. The Permanence of the Theologico-political? p. 160-161.

⁶³ “A Multitude of men, are made *One* Person, when they are by one man, or one Person, Represented; so that it be done with the consent of every one of that Multitude in particular. For it is the *Unity* of the Representer, not the *Unity* of the Represented, that maketh the Person *One*. And it is the Representer that beareth the Person, and but one Person: And *Unity*, cannot otherwise be understood in Multitude.” (HOBBS, T. *Leviathan*. Oxford: Oxford University Press, 1909. p. 126).

⁶⁴ LEFORT, C. The Permanence of the Theologico-political? p. 164.

⁶⁵ O conceito será desenvolvido com mais detalhes no próximo capítulo.

discursos de poder, ela não pode ser completamente *apropriada* por uma geração.

A Nação é uma ideia fundacional, mas que pode ser revisitada, uma entidade histórica que faz alusão ao imaginário religioso (no sentido de *religare*, do vínculo com o *passado*), ao mesmo tempo em que fornece a *narrativa* capaz de *governar* um tempo fora do tempo,⁶⁶ *arquiva*, preserva representações, e *atribui*, inscreve sentidos para aqueles que compartilham a *cidadania*.

A narração da Nação não tem um desfecho antecipado, continua a ser uma representação aberta, por isso, a fundação pode ser (e *precisa* ser, para continuar *viva*) narrada pelas gerações posteriores. As *decisões* sobre os elementos da narrativa vão ser realizadas pelos atores sociais – que *falam em seu nome* –, os quais procuram fazer parte da *textura*, do tecido duradouro que interliga, que reconecta o “nós”.

O paradoxo está na questão de que qualquer processo de *início* do Estado, do povo, da Nação ou da humanidade é uma reapresentação do passado. O afastamento dos discursos religiosos da estrutura do Estado promovido pela laicização foi acompanhado pela incorporação das representações religiosas capazes de conferir um *espaço natural(izado)* para instituições sociais.

De acordo com Mary Douglas, a forma de enraizamento de uma ideia ocorre por meio de processos de socialização.⁶⁷ Ou seja, para que uma ideia seja compartilhada por uma comunidade ela precisa ser aceita e aplicada por seus membros. Além disso, os processos de socialização levam à definição de dispositivos econômicos, intelectuais e políticos. Usualmente, para adquirir legitimidade, os procedimentos sociais e seus derivados procuram por exemplos na natureza e na razão, o que os leva a serem confinados na própria estrutura da ordem social; eles são *naturalizados*.

Por isso é comum pensar que as instituições possuem um ponto de partida em que adotam práticas de autorrestrrição, de modo a transmitir a alta

⁶⁶ LEFORT, C. The Permanence of the Theologico-political? p. 165.

⁶⁷ DOUGLAS, M. *How Institutions Think*. Syracuse: Syracuse University Press, 1986. p. 45.

voltagem do poder popular em formas políticas definidas, as quais possam *traduzir* as manifestações advindas da população.

Contudo, não se deve derivar dessa imagem a defesa de uma forma orgânica simplificada de sociedade – a *natureza* é a representação para a legitimação da vida política, mas não ela própria –, no sentido de que a comunidade política vai produzir uma *matriz* a partir da qual todas as outras instituições vão derivar seu *ethos*, e mimetizar a “grande mãe” em pequenas instituições que, reunidas, formam uma mesma *identidade*. Aqui, cabe o auxílio da visão de Alexander Pope sobre a natureza para observar aquilo que Douglas refuta: “Todas são partes de uma integridade estupenda, Cujo corpo é a natureza, e Deus a alma;”.⁶⁸

Dessa maneira, para que uma convenção social se torne uma instituição social legítima, ela precisa ser acompanhada por um *concerto cognitivo*, o qual irá fornecer a sua estrutura, ou seja, o seu arcabouço epistemológico. Este, além de permitir a produção institucional, acaba por ser um dos mais importantes elementos na disputa para a *implementação* de novas instituições.⁶⁹ Tal

⁶⁸ “All are but parts of one stupendous whole, Whose body nature is, and God the soul;” (POPE, A. *Essay on man*. Oxford: Clarendon Press, 1881. p. 36. Tradução livre). Segundo Lefort: “Nor should we forget that when, in his *De Monarchia*, Dante paints the sequence of generations, his theologico-political vision of humanism cannot be explained away in terms of contemporary conditions (...) When, in an attempt to undo the imbrication of secular and priestly functions that came about as a result of the sanctification of royalty, the Church acquires the strength to circumscribe its domain and to become a functional body modeled on the emergent states, it tries to differentiate itself radically from all other political entities and to preserve its spiritual mission by claiming to be a mystical body (*corpus Ecclesiae mysticum*) – the very body of Christ, who also represents its head. At the same time, a religious vocation is reimprinted on the kingdom, which defines itself as a mystical body (*corpus Republicae mysticum*) – the body of the king, who also represents its head. When the reexploitation of Roman law and of Aristotelianism provides theology and political theory with a new conceptual framework, the ancient concepts of *imperium*, *populus*, *communitas*, *patria*, *perpetuitas*, and *aevum* (a notion intermediate between that of time and that of eternity) are reworked to represent, in their respective registers, a new relationship between the particular, which is still inscribed within the limits of a body, of an entity that is organized spatially and temporally, and the universal, which is still related to the operation of transcendence. The ideas of reason, justice, and right, which inspire both a return to the principles of classical thought and a movement toward a secularized ethic, are themselves caught up in a theologico-political elaboration.” (LEFORT, C. *The Permanence of the Theologico-political?* p. 183-184). Habermas explica que: “(...) Hegel remained convinced, just like Aristotle, that society finds its unity in the political life and organization of the state. The practical philosophy of modernity continued to assume that individuals belong to a society like members to a collectivity or parts to a whole – even if the whole is only supposed to constitute itself through the connection of its parts.” (HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. p. 1).

⁶⁹ Disso decorrem disputas contemporâneas sobre a interpretação das matrizes epistemológicas que, por exemplo, deram origem à Constituição dos Estados Unidos. Mas, também, por disputas entre historiadores sobre quem é o herdeiro do legado da tradição ocidental e como este deve ser interpretado. A definição de

fenômeno pode ser observado no processo de naturalização que as pessoas passaram a atribuir ao tratamento dicotômico de temas como gênero, ideologia e política.

O princípio social é reforçado com a naturalização das analogias: feminino e masculino, esquerda e direita, o povo e o rei. Mary Douglas observa que as dicotomias apresentam aspectos complementares, mas, também, uma hierarquia política.⁷⁰ Ou seja, a fundação das instituições irá, com bastante frequência, fazer referências à *natureza* – uma visão de natureza imobilizadora, que serve de barreira para adaptações das relações intersubjetivas produzidas pela própria sociedade.⁷¹

Referido argumento acaba por robustecer o aspecto estabilizador das instituições, que são *naturalizadas*, ou seja, elas são apresentadas na realidade como o resultado (a objetivação) *natural* das convenções epistemológicas, a

disputas epistemológicas pode parecer um processo abstrato, por isso, nem todos acabam por enfrentar este tópico com o necessário cuidado. Assim, aquilo que se observa é uma reprodução de resultados de disputas epistemológicas anteriores que, de uma parte, ignoram as afiliações às quais estão a reproduzir e, de outra parte, buscam diminuir aqueles que podem ter acesso às fontes dos processos de produção de conhecimento. Têm-se, com isso, os “desavisados”, os “reprodutores” e os “produtores” de conhecimento como tipos ideais da relação epistemológica. A questão seria de menor importância se os resultados das matrizes epistemológicas não conseguissem, de fato, espelhar suas fontes. O problema se coloca, pois esse espaço abstrato produz derivações significativas na vida individual e coletiva dos sujeitos que vivem sob as instituições. O ideal seria que *todos* tivessem conhecimento das matrizes epistemológicas que estão a defender e que *todos* tivessem acesso às fundações não apenas da comunidade política, mas também da *comunidade de conhecimento*. Contudo, a questão não é tão simples, ante fatores de ordem pragmática que limitam o ato perpétuo de refundação política e epistemológica. De qualquer modo, o ideal moderno seria que os cidadãos tivessem acesso ao conhecimento como forma emancipatória, como meio de realizar a passagem da condição de sujeito de direito (sujeitado pelo direito) a de cidadão produtor de suas relações pessoais, condutor de sua *narrativa de vida*. O desprezo pela epistemologia leva apenas à produção em massa de “desavisados” e “sujeitados”.

⁷⁰ DOUGLAS, M. *How Institutions Think*. p. 49. Derrida explica que: “Our discourse irreducibly belongs to the system of metaphysical oppositions. The break with this structure of belonging can be announced only through a certain organization, a certain strategic arrangement which, within the field of metaphysical opposition, uses the strengths of the field to turn its own stratagems against it, producing a force of dislocation that spreads itself throughout the entire system, fissuring it in every direction and thoroughly delimiting it.” (DERRIDA, J. *Writing and Difference*. London; New York: Routledge, 2001. p. 22).

⁷¹ Como explica Chueiri sobre a natureza: “Subject is then, this who continues through changes and to know the subject, to who one is entails a movement of recognition of his or her constitution as a primary being and such movement is nothing but a look on the (*meta*)physics, the underlying nature to substance; a look on that which lies under. In this sense, by asserting that one who is most purely, most essentially Jew, Czech or Bohemian would allow us to translate what it is to be Jew, Czech, or Bohemian in general. Nevertheless, a hybrid essence, an essence that could allow us to hyphenise the identity, that is, a Jew-Czech-Bohemian subject or Kafka-kavka-K., or still a crossbreed, half kitten, half lamb seems not to be possible in Aristotelian terms.” (CHUEIRI, V. K. *Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience)*. New York, 2004. Tese (Doutorado em Filosofia) – Graduate Faculty of Political and Social Science, New School University. p. 70).

parte exterior dos acordos subjetivos. Porém, tais acordos subjetivos são *pressupostos*, uma vez que nem sempre são realizados debates substantivos que democraticamente habilitam a definição dos valores que a comunidade política irá compartilhar. Além disso, a *precedência* dos consensos epistemológicos não pode ser efetivamente observada, pois estes são realizados de maneira concomitante com a objetivação de novas instituições.

No século XVIII, as analogias com a natureza foram utilizadas para legitimar as instituições modernas que passaram a se opor, de maneira ativa, a aquilo que era considerado o *legado* do Antigo Regime; contudo, os próprios revolucionários da modernidade continuavam a utilizar uma concepção de natureza profundamente vinculada com a figura divina.

Outra característica que ajuda a compreender os processos de estratificação das instituições é a relação com os antepassados, que acaba por ser estabelecida na forma da herança da estrutura normativa prévia. Qualquer pessoa que deseje validar suas pretensões contemporâneas precisa frisar sua ascendência (tanto em termos étnicos como em termos simbólicos), e a mesma regra é aplicada para aqueles que eventualmente procuram contestar seu legado – estas pessoas precisam ocupar uma posição, um espaço de poder que as habilite a contestar o passado, porém, o próprio espaço de poder e, provavelmente, os meios pelos quais as pessoas chegaram até ele, se dão por formas que reproduzem o próprio sistema de ascendência e estratificação.

Assim, perpetua-se o ciclo de afiliações institucionais. Os membros recém-ingressos (possíveis *radicais*) irão demandar dos futuros afiliados (futuros radicais) esta herança, bem como expande-se o corpo institucional para a estabilização de divergências. A *coerência* dos sujeitos, dos textos, do jurídico, é testada e medida a partir das *afiliações*. Ela é a fonte da *unidade* das diversas partes do *organismo*. Opera-se a metafísica do *mesmo*, da “integridade estupenda” de Pope, com o *espírito* a guiar o destino de seu legado.

Ademais, as convenções sociais precisam de um *princípio naturalizante*, o qual fornece legitimidade para as articulações de poder futuras. Por isso, o mito de fundação de Roma não é uma narrativa aleatória, Roma é a loba, mãe dos

gêmeos Rômulo e Remo, o que envolve a passagem da figura temida e venerada do lobo mas também pela maternidade. A lenda compreende a própria ideia que Roma possuía de si mesma, de sua origem e de seus valores.⁷²

As instituições são planejadas para durar de maneira indefinida – Roma é o exemplo mais importante para o ocidente nesse sentido, é a *mãe*, a configuração originária do *Imperium*. Elas possuem a faceta da perenidade que as convenções sociais não são capazes de fabricar sozinhas.

Simples convenções são frágeis e podem desaparecer sem deixar qualquer rastro. Os primeiros cristãos são um exemplo inverso nesse aspecto, uma vez que não se limitaram a criar uma instituição, mas a naturalizaram como parte do processo de identificação da ordem ocidental.⁷³ A partir disso, o cristianismo passou a ser usado como o *fundamento* para diferentes tipos de argumentação e objetivação de realidades *próprias* do “Ocidente” – conceito que, por sua vez, também foi *naturalizado*.⁷⁴

⁷² Derrida aprofunda a análise entre lobos, bestas e o soberano em seu livro: DERRIDA, J. *The Beast and the Sovereign*. Chicago: The University of Chicago Press, 2009. p. 9.

⁷³ A Bíblia, mesmo quando é desconhecida por outras culturas, é *reconhecida* como importante fonte normativa para as condutas dos países sob sua influência. Foi naturalizada como *escritura* que organiza proibições e valores no “Ocidente”.

⁷⁴ Sobre o tema, ver a Carta Encíclica *Mystici Corporis* emitida pelo Papa Pio XII em 1943, em que a Igreja é tratada como o *corpo* de Cristo, pois é um ente vivo e Cristo é sua cabeça e Fundador, e é mística, pois não está limitada ao aspecto físico, não se trata de uma unidade apenas espiritual. Assim, os dois aspectos da Igreja são os seguintes: aqueles que vivem sob a representação visível de Cristo possuem plena associação, logo, a relação entre fé e Cristo é mística e não física. Os fiéis, por meio de sua fé, esperança e amor, encontram-se unidos com Cristo na Igreja. O Espírito Santo também é um elemento importante do *corpo* de Cristo e a unificação com Cristo tem lugar na Eucaristia – celebração da morte e ressurreição de Cristo. “*Corpo único, indiviso, visível*. 14. Que a Igreja é um corpo, ensinam-nos muitos passos da sagrada Escritura: ‘Cristo, diz o Apóstolo, é a cabeça do corpo da Igreja’ (Cl 1, 18). Ora, se a Igreja é um corpo, deve necessariamente ser um todo sem divisão, segundo aquela sentença de Paulo: ‘Nós, muitos, somos um só corpo em Cristo’ (Rm 12, 5). E não só deve ser um todo sem divisão, mas também algo concreto e visível, como afirma nosso predecessor de feliz memória Leão XIII, na encíclica ‘*Satis cognitum*’: ‘Pelo fato mesmo que é um corpo, a Igreja torna-se visível aos olhos’. (4) Estão pois longe da verdade revelada os que imaginam a Igreja por forma, que não se pode tocar nem ver, mas é apenas, como dizem, uma coisa ‘pneumática’ que une entre si com vínculo invisível muitas comunidades cristãs, embora separadas na fé. 15. O corpo requer também multiplicidade de membros, que unidos entre si se auxiliem mutuamente. E como no nosso corpo mortal, quando um membro sofre, todos os outros sofrem com ele, e os são ajudam os doentes; assim também na Igreja os membros não vivem cada um para si, mas socorrem-se e auxiliam-se uns aos outros, tanto para mútua consolação, como para o crescimento progressivo de todo o Corpo. *Corpo composto ‘orgânica’ e ‘hierarquicamente’* 16. Mais ainda. Como na natureza não basta qualquer aglomerado de membros para formar um corpo, mas é preciso que seja dotado de órgãos ou membros com funções distintas e que estejam unidos em determinada ordem, assim também a Igreja deve chamar-se corpo sobretudo porque resulta de uma boa e apropriada proporção e junção de partes e é dotada de membros diversos e unidos entre si. É assim que o Apóstolo descreve a Igreja quando diz: ‘como num só

Outro aspecto dos processos institucionais se encontra nas analogias que trabalham na fundação de novas comunidades políticas, as quais costumam ser escondidas. Tornar as fontes de origem do “nós” inacessíveis é uma maneira de *afirmar* uma homogeneidade. Ademais, a forma de produzir reflexões sobre o mundo ou sobre a própria epistemologia também acaba por se tornar uma forma de “segredo”, não acessível para todos. Esta é a maneira pela qual as instituições também procuram produzir homogeneidade para a infindável mistura de itens que podem contar como “elementos” de certa categoria.

E a ideia que *rege, conduz*, dá sentido ao pensamento jurídico é a classificação de fenômenos, sua categorização em *fato* ou *norma*, *substância* ou *processo*, *público* ou *privado*, *previsível* e *imprevisível*. Como explica Vandavelde, a categorização de fenômenos determina como eles serão tratados dentro do sistema jurídico.⁷⁵ O processo, que procura *colocar as coisas em seu devido lugar* é um processo *político*, posiciona-se no núcleo do pensamento jurídico.⁷⁶

A maneira como as instituições são construídas passa pela compressão de ideias em uma forma comum que procura ser reconhecida por todos, procura se tornar o *parâmetro de correção* das outras variáveis – contudo, este processo de *correção* nem sempre acontece de forma pacífica, pois o próprio processo de correção pressupõe a definição (anterior) de *standards* que poderão ser adotados nos processos de atualização institucional. Ainda, as instituições

corpo temos muitos membros, e os membros não têm todos a mesma função, assim muitos somos um só corpo de Cristo, e todos e cada um membros uns dos outros’ (*Rm* 12, 4).” (PIO XII. *Carta Encíclica Mystici Corporis*. Roma, 1943. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/encyclicals/documents/hf_p-xii_enc_29061943_mystici-corporis-christi_po.html>. Acesso em: 26 jul. 2013).

⁷⁵ VANDEVELDE, K. The new property of the nineteenth century: the development of the modern concept of property. In: *Buffalo Law Review*. v. 29, 1980. p. 327.

⁷⁶ Os mecanismos pelos quais as instituições fornecem esta *uniformidade* nem sempre são translúcidos. No caso do Estado de Direito, isso pode ser observado nos esforços para eliminar antinomias, a vagueza ou outras imprecisões derivadas do uso da linguagem natural para criar normas. Mas o principal conflito sobre este tema envolve a possibilidade do controle de constitucionalidade. Uma prática que, em sua origem, foi legitimada *em nome* da coerência, da integridade do sistema jurídico, mas que produz um problema – a dificuldade contramajoritária – que vai além da simples questão da manutenção da coerência, ou seja, trata do problema da *legitimidade* da decisão.

corrigem processos dinâmicos e escondem sua influência, elas se atribuem o direito de definir as formas.⁷⁷

A questão é, justamente, definir *aqueles que pertencem à comunidade*. Ou seja, não apenas diferenciar quais “objetos” pertencem ao reino animal e vegetal – as instituições produzem distinções –, mas também quais *sujeitos* pertencem à comunidade política e quais são excluídos ou marginalizados. Eis que, conforme afirma Sandel: “Instituições políticas não são apenas instrumentos que implementam ideias concebidas de maneira independente; elas são em si incorporações de ideias”.⁷⁸

Essa é a questão que está no “subsolo” da fundação dos Estados modernos. É a raiz não apenas de problemas como a xenofobia, mas, em um sentido mais agudo, trata das origens do *Povo* que criou a comunidade política.

1.3 As duas margens do Atlântico

A cisão entre a revolução francesa e a americana se coloca no ponto em que a primeira se apresentou como uma destruidora voluntária do Antigo Regime, por morte violenta, enquanto a segunda foi uma relativa *sucessora* da tradição legada pelos colonizadores.

A Declaração Francesa de 1789, de maneira diferente das cartas resultantes da Revolução Americana, possuía um caráter abstrato e generalizante, pois estava preocupada com a liberdade de *todos os povos do mundo*. Por essa razão, os revolucionários franceses se consideravam “apóstolos” de um *novo mundo*, o qual seria realizado e anunciado a todos os povos. O projeto era o de que os indivíduos de todas as nações tivessem condições de se tornar cidadãos.⁷⁹

⁷⁷ Mary Douglas entende que: “In marking its own boundaries it affects all lower level thinking, so that persons realize their own identities and classify each other through community affiliation”. (DOUGLAS, M. *How Institutions Think*. p. 102).

⁷⁸ “Political institutions are not simply instruments that implement ideas independently conceived; they are themselves embodiments of ideas.” (SANDEL, M. J. *Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. ix. Tradução livre).

⁷⁹ Hannah Arendt observa que: “The very notion of world history was born from the first attempt at world politics, and although both the American and the French enthusiasm for the ‘rights of man’ quickly subsided with the birth of the nation-state, which, short-lived as this form of government has proved to be, was the only relatively lasting result of revolution in Europe, the fact is that in one form or another world

A Constituição Francesa de 1791, que adotou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão como seu preâmbulo, é um exemplo de quão abrangente se propunha o projeto universalista francês, reconhecendo a cidadania para os filhos de estrangeiros nascidos no país, para os filhos de franceses nascidos fora do país que fizessem o “juramento cívico” e, ainda, para aqueles nascidos fora da França com qualquer grau de ascendência francesa paterno ou materno, cujos ascendentes tivessem sido expulsos por questões religiosas.⁸⁰

Percebe-se, assim, que se os norte-americanos enfatizaram as garantias judiciais, ao seguir a tradição inglesa, os franceses declararam uma série de direitos, mas não se preocuparam tanto com os *instrumentos judiciais* necessários para sua *efetivação*.

Uma das principais questões da revolução na França foi a substituição do poder supremo do monarca por outra instituição. Ela foi acompanhada pelo discurso da limitação dos poderes, mas, na tradição francesa, este poder a ser limitado estava concentrado na figura real. Logo, restou ao *Tiers Etat*, o papel de ocupar este poder. O “Terceiro Estado” era composto por todos os excluídos da nobreza e do clero, que não desfrutavam dos privilégios das ordens superiores.

Ao *Povo*, a massa *sem forma* causadora de temores, foi atribuída a soberania política. A partir disso, as massas deveriam exercer uma cidadania ativa, com a votação de leis e o julgamento dos governantes. Sieyès afirmava que o Terceiro Estado era *tudo*, ele *encarnava* a “Nação” e que o tempo dos privilégios havia passado para o anúncio da Assembleia Geral.⁸¹ Essa era uma

politics has been an adjunct to politics ever since.” (ARENDT, H. *On Revolution*. New York: Penguin Books, 1963. p. 53).

⁸⁰ Ver “Titre II” da Constituição francesa de 1791. No caso dos Estados Unidos, o reconhecimento (formal) da cidadania para todos aqueles nascidos ou naturalizados apenas foi possível após a Guerra Civil, com a redação das emendas constitucionais 13, 14 e 15 e a derrubada do caso Dred Scott na Suprema Corte. Cf. SANDEL, M. J. *Democracy’s Discontent*. p. 39. As desigualdades entre brancos e negros continuou a ser um grande problema para os Estados Unidos, por isso, os movimentos por direitos civis, a decisão do caso *Brown v. Board of Education* (1954) e, mais recentemente, as decisões confirmando as ações afirmativas são exemplos de como a cidadania continua a ser uma questão que ainda não está “resolvida” nos Estados Unidos.

⁸¹ Para Sieyès: “Quem ousaria assim dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada a nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam

resposta da burguesia para a questão da soberania política, pois, por meio da representação, ocupava o lugar deixado pela nobreza sem que a massa popular pudesse desestabilizá-la constantemente.

A questão que se colocava era a de que, para romper com a tradição absolutista da nobreza, o *novo soberano* seria incapaz de exercer o poder político pessoalmente. Dessa maneira, o princípio de toda a soberania ficou alojado na Nação, conforme o artigo 3º da Declaração de 1789. Assim, as ideias dominantes acerca da soberania não se encontravam completamente instituídas em 1789, mas, para o entendimento prevalecente na Constituinte, ficou estabelecido que a soberania passaria a residir no *conjunto indivisível* dos cidadãos.⁸² Ao povo foi atribuído o direito de decidir por qual conjunto legislativo seria governado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 procurou ser o símbolo do declínio do Antigo Regime. A característica abstrata e genérica da carta se tornou um *referencial para as futuras declarações*. A ausência de força normativa da Declaração foi superada com a obra de Sieyès com o reconhecimento da competência decisória emanada da Nação, como poder constituinte.⁸³

Ao estabelecer que a finalidade de toda associação política seria a *conservação dos direitos naturais* e que o princípio de toda soberania reside na Nação, a Declaração fixou as coordenadas gerais de um *modelo político* que pretendia ser “transtemporal” e que, ao mesmo tempo, libertava o indivíduo e o Estado. A concentração do *Imperium* no legislador, intérprete da vontade geral, aparece como máxima garantia de que ninguém poderá exercer poder e coação sobre os indivíduos apenas *em nome da lei*, que se apresentava como *geral e abstrata*. Assim, os constituintes franceses rechaçaram a hipótese de um veto absoluto do monarca sobre os atos da assembleia legislativa, já que o caráter

infinitamente melhor sem os outros.” (SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa: Que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 55.).

⁸² Cf. BLUCHE, F.; RIALS, S.; TULARD, J. *A Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

⁸³ Nos seguintes termos: “O Terceiro Estado abrange, pois, tudo o que pertence à nação. E tudo o que não é Terceiro Estado não pode ser olhado como pertencente à nação. Quem é o Terceiro Estado? Tudo.” (SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa*. p. 56).

absoluto do veto fazia com que a vontade do monarca se convertesse em necessária, como a da assembleia, para produzir a máxima fonte do direito.

O problema moderno da política envolvida na *fundação* de um mundo que não possui mais garantias de estabilidade, legitimidade e autoridade, teve como um outro modelo a revolução americana.

A experiência dos revolucionários americanos com a liberdade pública fez com que eles valorizassem a *ação política* e a *participação*, o ato de se reunir para promover deliberações, debates e decisões. Logo, eles se mobilizaram para completar a tarefa revolucionária que haviam iniciado, buscavam promover não apenas a independência da Inglaterra, mas também a *reconstituição do domínio político*, com o objetivo de viabilizar a cidadania da *nova República*, para que todos pudessem experimentar a felicidade da liberdade pública e da ação política.

Hannah Arendt realizou uma reavaliação dos eventos políticos revolucionários que constituíram o corpo jurídico-político moderno. Observou que os agentes da revolução foram buscar exemplos na *polis* grega e na *civitas* romana para formar um governo, uma *República*, em que prevaleceria o domínio da lei, assentado no *poder do povo*, em suma, em condições nas quais a política pudesse ser reapropriada pelos cidadãos em *atos e palavras*.⁸⁴

O desafio apresentado pelos momentos revolucionários se encontra no fato de que os insurgentes acabam por não conseguir realizar o *estabelecimento de instituições* que deem continuidade ao *espírito revolucionário*. Desse modo, o “tesouro político” do momento histórico revolucionário acaba se perdendo com as gerações futuras, pois observa-se a impossibilidade da formação de uma *nova tradição* para preservar e transmitir o fenômeno da “liberdade pública”.

Para Arendt, a *história das revoluções* que decifraram, em termos políticos, a narrativa da modernidade pode ser *predicada* como uma lenda de

⁸⁴ Para Arendt: “Where violence rules absolutely, as for instance in the concentration camps of totalitarian regimes; not only the laws – *les lois se taisent*, as the French Revolution phrased it – but everything and everybody must fall silent. It is because of this silence that violence is a marginal phenomenon in the political realm; for man, to the extent that he is a political being, is endowed with the power of speech.” (ARENDT, H. *On Revolution*. p. 18-19.).

um tesouro antigo que, de maneira contingencial, emerge sem aviso para ser perdido como *fogo-fátuo*, sob *condições misteriosas*.⁸⁵

Deve-se refletir, observar os reflexos e as imagens constituintes do *espírito* revolucionário que se apresentou (se fez visível) durante esses *momentos*, mas que se perdeu no curso das próprias revoluções. Por isso, aquilo que teria sido legado como *referência fundamental para as futuras gerações*, além dos valores que moviam os revolucionários, foram os *documentos* (os arquivos, registros, escrituras) produzidos por eles. Tais valores, ainda que de maneira parcial e fragmentada, representam os motivos mobilizadores das *rupturas* históricas em que foram realizadas manifestações políticas (que se pretenderam) originárias, criadoras, fundadoras, *que deram a luz ao mundo*.

A experiência *nova* dos fundadores atrela-se àquilo que Arendt considera a capacidade de o homem *começar algo novo*, de uma experiência nova que abre o caminho para o imprevisto, são basilares para o enorme *pathos*⁸⁶ das revoluções (americana e francesa) que procuraram, de maneira insistente e habilidosa se afirmarem como experiências sem precedentes na história da humanidade (fundadoras da história mundial), e que não tinham nenhum outro evento com o qual pudessem ser comparadas.⁸⁷

Dessa maneira, o fenômeno da revolução não pode ser descrito pela violência, mas apenas quando é produzida uma *nova origem*, quando uma nova forma de governo é instituída, com a finalidade de desafiar a (im)possibilidade de compor um *novo corpo político*. Para Arendt, apenas no caso em que a

⁸⁵ ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 30.

⁸⁶ O *pathos* é uma figura retórica que faz referência à experiência e ao sofrimento, às emoções dos ouvintes. Na Retórica de Aristóteles o *pathos* é acompanhado do *ethos* e do *logos* como meio de persuasão retórica. A Retórica para Aristóteles está dividida em três partes: deliberativa, judicial e epidítica. Cf. ARISTOTLE. *The Rhetoric of Aristotle*. Cambridge: Cambridge University Press, 1877; GARVER, Eugene. *Aristotle on the Kinds of Rhetoric*. In: *Rhetorica: A Journal of the History of Rhetoric*. California: University of California Press, v. 27, 2009.

⁸⁷ “But in contradistinction to the claims of the scientists and philosophers, the new man no less than the new land was felt to be a gift of Providence, not a product of men. In other words, the strange pathos of novelty, so characteristic of the modern age, needed almost two hundred years to leave the relative seclusion of scientific and philosophic thought and to reach the realm of politics.” (ARENDT, H. *On Revolution*. p. 46).

libertação da opressão conduz à constituição da *liberdade*, seria possível falar em *revolução*.⁸⁸

A dicotomia proposta por Arendt é a de que enquanto a Revolução americana se voltou para a fundação da liberdade e para o estabelecimento de instituições duradouras, sob a égide do Direito, a Revolução francesa se afastou, quase em seus primórdios, dos caminhos da *fundação de instituições*, pois tinha de lidar com a libertação das necessidades e, por essa razão, foi impulsionada pela miséria do povo.⁸⁹ Nada seria tão inadequado como esta tentativa de libertar a humanidade da pobreza por meios políticos, de modo que a necessidade invadiu o campo da política, o único campo onde os homens podem ser autenticamente livres.⁹⁰

A liberdade só poderia existir no espaço público. Essa era uma realidade *tangível* e *secular*, algo que havia sido criado pelos homens para seu próprio gozo. O espaço público ou a praça pública da Antiguidade eram reconhecidos como os lugares em que a *liberdade aparecia* e se fazia *visível* para “todos”. Por isso, observa Arendt, procurou-se *fundar* um corpo político que garantisse a existência de um espaço onde fosse possível *manifestar a liberdade*.⁹¹

⁸⁸ Essa observação é importante, pois Arendt diferencia as Revoluções pelo fato que, no caso da francesa, a força desumanizadora da *necessidade*, que reduz as pessoas à coerção do fluxo vital de seus corpos, foi um dos principais entraves para a fundação revolucionária da liberdade. Segundo Arendt: “Poverty is more than deprivation, it is a state of constant want and acute misery whose ignominy consists in its dehumanizing force (...)” (ARENDT, H. *On Revolution*. p. 60).

⁸⁹ Assim, desde o início, as necessidades *reais* passaram a determinar o curso da Revolução Francesa de tal sorte que, nas transações em que o futuro da França deveria ter sido decidido pela Assembleia Constituinte, esta se encontrava ausente, pois as massas, ao descobrirem que a Constituição não seria uma forma de salvação de suas vicissitudes, se voltaram contra a Assembleia Constituinte.

⁹⁰ ARENDT, H. *On Revolution*. p. 114. Enquanto a revolução americana teve seus esforços voltados para fundar a liberdade por meio de uma Constituição e instituições políticas que se direcionassem para esta meta, a Revolução Francesa foi compelida a desviar deste trajeto para cuidar da questão social.

⁹¹ O termo *Polis* desafia, ao mesmo tempo, a possibilidade de sua tradução e de sua representação efetiva na modernidade, por isso, ocupa o papel de ideal, de arquétipo de *comunidade política*, ante sua especificidade histórica e geográfica. Não existe uma entidade política moderna que, de maneira *fiel*, reproduza as características da *Polis*, mas ela continua a ser uma referência a partir da qual outros conceitos possuem uma *fonte*, tais como a *cidadania*, a *democracia* e, em uma escala mais abrangente, o *Ocidente* ou a *civilização ocidental*. Contudo, esta “rememoração” e sua consequente “derivação” não são desconectadas de outras preocupações políticas atuais que *emprestam* sentidos dos conceitos e lhes auferem *autoridade* por eles serem antigos. Um equívoco comum está na identificação da *Polis* com a ideia de “nação”, entendida como o compartilhamento de línguas e culturas, pois isso era atribuído ao *ethnos*. O *ethnos*, por sua vez, não era exatamente a relação com uma “terra natal” ou um território, mas com a *khôra*, um espaço que unia as pessoas em um passado e um futuro a ser construído por elas. A *Polis* era uma comunidade com permanência transgeracional e transfamiliar; contudo, uma comparação com o conceito

Na modernidade, a fundação (da Nação) passou a ser identificada com a elaboração de uma Constituição, precedida por assembleias constituintes. Tal fenômeno pôde ser observado tanto na França como nos Estados Unidos que, por sua vez, teve como antecedente a redação das Constituições dos Estados.⁹²

O paradoxo que assombrava (e assombra) o instante constituinte é de que os atores se colocam em um *espaço* para-além-do-direito. A Constituição é criada em uma *zona de anomia* originária. As pessoas que procuram constituir um *novo governo* são consideradas *inconstitucionais*, não lhes é atribuída, via de regra, a autoridade para fazer aquilo que almejam: fabricar um *novo governo*, um *novo Estado*, um *novo Povo*.⁹³

Instaura-se, portanto, um círculo vicioso na legitimação da produção da lei fundamental. A questão que se colocava (e ainda é presente), portanto, era a de como estabelecer fundações duradouras sem apelar para o *fundamentalismo*, para entidades divinas ou algum tipo de absoluto. Como produzir o *novo* sem o *passado*, sem a autorização do sempiterno, do *arquétipo imutável*?⁹⁴

coevo de “sociedade” está fadado ao fracasso, pois as relações econômicas (*oikos*) eram privadas e a *Polis* não poderia ser vista como um espaço “neutro” de troca e circulação de mercadorias, mas um espaço de compartilhamento de experiências, passadas (história) e futuras (promessas), *reais* e imaginárias. A *unidade* da *Polis* era produzida pela *ação* (política) conjunta de seus membros, em sua administração e defesa. Cf. WOLFF, F. *Polis*. In: CASSIN, B. *Dictionary of untranslatables: a philosophical lexicon*. Princeton : Princeton University Press, 2014. p. 801-802; ARENDT, H. *The Human Condition*.

⁹² Os Artigos da Confederação serviram como o documento escrito que estabeleceu as funções do governo nacional dos Estados Unidos depois da Declaração de Independência. Os Artigos estabeleceram um governo central fraco que obstou os Estados na condução independente das relações internacionais, mas garantiu amplos poderes para os Estados. A necessidade de trabalhar em conjunto prevaleceu contra o Reino Unido e em 1777 o Congresso Continental produziu os Artigos, o qual foi aprovado pelos 13 estados em 1781. Tratava-se muito mais de um acordo multilateral entre aliados do que uma Constituição formal de um novo governo, procurava criar uma “aliança” pautada na “amizade” entre as ex-colônias, eis que cada estado mantinha sua soberania, liberdade e independência.

⁹³ A Polônia fornece, possivelmente, um dos melhores exemplos para o caso da produção de uma nova organização social e política sem uma ruptura institucional acentuada. Ante a transição para a democracia e para o capitalismo marcadas em 1989, a Constituição de 1952 (baseada na Constituição Soviética de 1936) foi reformada em 1992 e possibilitou uma mudança de regime sem a criação de um “novo” Estado ou de uma nova Carta constitucional. Não obstante, em 1997 o país adotou uma nova Constituição, que acabou por substituir a Carta de 1992, caracterizada por um grande número de emendas constitucionais.

⁹⁴ Os pais fundadores pedem a autorização de Deus para ratificar os Artigos da Confederação 1777: “And Whereas it hath pleased the Great Governor of the World to incline the hearts of the legislatures we respectively represent in Congress, to approve of, and to authorize us to ratify the said Articles of Confederation and perpetual Union. Know Ye that we the undersigned delegates, by virtue of the power and authority to us given for that purpose, do by these presents, in the name and in behalf of our respective constituents, fully and entirely ratify and confirm each and every of the said Articles of Confederation and perpetual Union, and all and singular the matters and things therein contained: And we do further solemnly plight and engage the faith of our respective constituents, that they shall abide by the determinations of the

Com o advento da Declaração de Independência norte-americana, o problema principal de seus autores não foi o de limitar o poder mas, o de como estabelecê-lo de maneira legítima, fundar um *novo poder*, por isso: “A febre da produção constituinte que invadiu o país imediatamente depois da Declaração de Independência impediu que se produzisse um vazio no poder (...)”.⁹⁵ E o

United States in Congress assembled, on all questions, which by the said Confederation are submitted to them. And that the Articles thereof shall be inviolably observed by the States we respectively represent, and that the Union shall be perpetual. In Witness whereof we have hereunto set our hands in Congress. Done at Philadelphia in the State of Pennsylvania the ninth day of July in the Year of our Lord One Thousand Seven Hundred and Seventy-Eight, and in the Third Year of the independence of America”. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prevê em seu preâmbulo: “En conséquence, l'Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Etre suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen.”. O mesmo pode ser observado em outros documentos. Na Constituição da Irlanda (Preâmbulo) 1937: “In the name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We, the people of Ireland, humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through centuries of trial, Gratefully remembering their heroic and unremitting struggle to regain the rightful independence of our Nation, And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations, Do hereby adopt, enact, and give to ourselves this Constitution.”. Na Constituição da Alemanha (Preâmbulo) 1948: “Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, (...)”. Na Constituição do Brasil (Preâmbulo) 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”. Na Constituição da Argentina (Preâmbulo) 1994: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.”. Na Constituição da África do Sul (Preâmbulo) 1996: “We, the people of South Africa, Recognise the injustices of our past; Honour those who suffered for justice and freedom in our land; Respect those who have worked to build and develop our country; and Believe that South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity. We therefore, through our freely elected representatives, adopt this Constitution as the supreme law of the Republic so as to Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights; Lay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the will of the people and every citizen is equally protected by law; Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person; and Build a united and democratic South Africa able to take its rightful place as a sovereign state in the family of nations. May God protect our people. Nkosi Sikelel' iAfrika. Morena boloka setjhaba sa heso. God seën Suid-Afrika. God bless South Africa. Mudzimu fhatutshedza Afurika. Hosi katekisa Afrika.”.

⁹⁵ “The fever of constitution-making which gripped the country immediately after the Declaration of Independence prevented the development of a power vacuum (...)” (ARENDT, H. *On Revoution*. p. 148. Tradução livre).

paradoxo que estava a ser instaurado era o de que o *novo* poder não poderia ser fundado em uma *negação* ao poder, em uma declaração de direitos.

Observa-se, com isso, que um dos principais dilemas das revoluções se encontra justamente na legitimação da nova ordem política, o estabelecimento de *uma fonte de seu poder* e de suas leis, sem que haja a necessidade dos revolucionários apelarem para fontes transcendentais de autoridade. Tal demanda conduz um paradoxo ainda maior, pois aquilo que era visado pelos revolucionários era tanto o estabelecimento da secularização como o afastamento do tirano do poder (que tinha nas formas metafísicas, meios para legitimar seu *status* de soberano).

Porém, uma das perplexidades produzidas pelas revoluções modernas está justamente em tal dilema, uma vez que elas passaram a criar outras fontes de autoridade transcendentais, ao reintroduzir elementos metafísicos para realizar a promulgação das Cartas de direitos. Perante a ausência de uma narrativa para a fundação, derivava-se a impossibilidade da autolegitimação, a qual, em certa medida, ocorreu de maneira sutil.

Assim, Jefferson, consciente de tal paradoxo, procurou afirmar no preâmbulo da Declaração de Independência que seu caráter obrigatório e absoluto era fruto do consentimento dos atores envolvidos na sua produção, do “We hold” (Nós consideramos) constante no início da Carta.

Com a apropriação moderna que os revolucionários realizaram de categorias políticas romanas⁹⁶ houve uma legitimação diferenciada da Declaração, o caráter performativo da enunciação abria as portas para outra realidade política. Por isso, uma rearticulação política promovida pelos revolucionários foi a ruptura do círculo vicioso de todo começo com a autoridade

⁹⁶ Segundo André Duarte: “A noção romana de que a fundação estabelece as bases para a preservação e o aumento do corpo político transformou-se, na América, na noção de que a constituição conserva e transmite a autoridade política ao mesmo tempo em que permite que a estrutura política do país se modifique em concordância com o espírito da fundação. Os próprios ‘pais fundadores’ conceberam-se enquanto tais porque se inspiraram nos princípios da república romana, atribuindo sua autoridade política ao próprio ato da fundação, consubstanciado na redação de documentos como a Declaração de Independência e a Constituição.” (DUARTE, A. *O Pensamento à Sombra da Ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 1ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 297-298).

legada para o próprio *ato da fundação*; fundação que, para Arendt, espelha a capacidade humana de fazer e cumprir *promessas*.

A proposta de Arendt é a base para aquilo que pode ser observado ao mesmo tempo como a definição (parcial) do espaço público, e, também, aquilo que deveria definir sua estrutura. Os vínculos e as promessas, a reunião política e o pacto são os caminhos através dos quais se faz possível conservar o poder. A preservação do poder é a manutenção do momento da *ação* política. O trabalho duplo está na política *originária* da *fundação*, de *constituição*, a qual deverá fornecer proteção para que ações políticas futuras continuem a ser realizadas.

Ao procurar definir o conceito de *autoridade*, Arendt afirma que ela desapareceu do mundo moderno, não a autoridade em sentido *lato*, mas uma forma específica, que foi válida no mundo ocidental por um longo período de tempo.⁹⁷ Desse modo, passou a rememorar o conceito romano de autoridade política, em que a fonte da autoridade repousava exclusivamente no passado, no momento da fundação de Roma e na grandeza de seus antepassados.⁹⁸

Em Roma, segundo Arendt, desde o início da República, afirmava-se o *caráter sagrado da fundação*, no sentido de que, uma vez que algo foi fundado, este algo se vinculava às gerações posteriores. Essa era a forma de participação política romana, ou seja, preservar a fundação da cidade, vinculando-se a um passado, e ao lendário esforço de lançar fundações, o ato de *fundar para a eternidade*. A *fabricação do mundo* em sua plenitude. Logo, explica Arendt, aqueles que possuíam autoridade eram: “(...) os anciãos, o Senado ou os *patres*, os quais a obtinham por descendência e transmissão (tradição) daqueles que haviam lançado as fundações de todas as coisas futuras (...)”.⁹⁹

⁹⁷ ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. p. 129.

⁹⁸ Arendt explica que: “A autoridade, como fator único, senão decisivo, nas comunidades humanas, não existiu sempre, embora tenha atrás de si uma longa história, e as experiências sobre as quais se baseia esse conceito não se acham necessariamente presentes em todos os organismos políticos. A palavra e o conceito são de origem romana.” (ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. p. 142).

⁹⁹ ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. p. 164. Em sentido oposto à leitura de Arendt: “To be sure, like the ancient Romans, we too may find the stability of authority and the gratifying support of tradition in acts of ancestor worship. Nothing, however, would have mortified the actual founders of the republic more

Para os romanos, a autoridade dos vivos era *derivativa*, dependia da autoridade dos fundadores. Ela (*auctoritas*), ligada ao passado, à tradição, contrapunha-se ao poder (*potestas*), a força dos vivos, pois, suas raízes se fincavam no passado, porém, não deixava de ser tão presente e fundamental para a vida política quanto o próprio poder e a força dos vivos. Enquanto o poder derivava do povo, a autoridade repousava no Senado.

Arendt observa que os romanos sentiam necessidade de “pais fundadores” e de exemplos de autoridade em matéria de pensamento, de modo que os antepassados gregos se tornaram autoridades das quais emanavam a Filosofia e a Poesia.¹⁰⁰ Assim, o *passado* foi santificado pela tradição, a qual preservava o passado deixando de herança para as gerações futuras o testemunho dos antepassados.¹⁰¹

Acresce-se a recordação feita pela autora de que este modelo foi incorporado pela Igreja Cristã, a qual transformou o nascimento de Cristo em uma *nova fundação*, bem como ressurgiu nas Revoluções modernas, em que franceses e estadunidenses pregavam a crença tanto em um Estado futuro como em um *Deus vingativo* – parte integrante do *novo* corpo político.

Thomas Jefferson afirmava que havia a necessidade de um princípio divino, de alguma sanção transcendente na esfera política.¹⁰² Tal necessidade

deeply. Every page of *The Federalist Papers* is a call to the people of America to take its fate into its own hands and to fashion its institutions in the light of the best political science of the present, rather than to look timidly to the past.” (SHKLAR, J. *American Citizenship*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 10).

¹⁰⁰ ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. p. 183. Sobre filosofia e poesia ver: BLOOM, H. *Onde encontrar a sabedoria?* Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

¹⁰¹ É possível observar que o uso da história de Roma foi plural, de acordo com a conveniência de cada época.

¹⁰² “Let us then, with courage and confidence, pursue our own federal and republican principles; our attachment to union and representative government. Kindly separated by nature and a wide ocean from the exterminating havoc of one quarter of the globe; too high minded to endure the degradations of the others, possessing a chosen country, with room enough for our descendants to the thousandth and thousandth generation, entertaining a due sense of our equal right to the use of our own faculties, to the acquisitions of our own industry, to honor and confidence from our fellow citizens, resulting not from birth, but from our actions and their sense of them, enlightened by a benign religion, professed indeed and practiced in various forms, yet all of them inculcating honesty, truth, temperance, gratitude and the love of man, acknowledging and adoring an overruling providence, which by all its dispensations proves that it delights in the happiness of man here, and his greater happiness hereafter; with all these blessings, what more is necessary to make us a happy and a prosperous people? Still one thing more, fellow citizens, a wise and frugal government, which shall restrain men from injuring one another, shall leave them otherwise free to regulate their own

se fazia presente mesmo durante períodos revolucionários, o que expõe a necessidade dos fundadores por um amparo *metafísico*. Para Arendt, essa *necessidade* se apresenta não na produção legislativa ordinária, mas na (re)edição da *lei fundamental*, a *Constituição* que *encarna* a norma superior – o ponto a partir do qual a *auctoritas* de todas as outras leis pode ser derivada.¹⁰³

Assim, se a autoridade compreendida em seu sentido romano aproximou-se do completo esquecimento, ela perdurou na história política ocidental de duas maneiras: por meio das revoluções modernas, que resgataram a importância da ideia de fundação; pelo uso do pensamento de Maquiavel, em cuja obra o conceito de *fundação* é central.¹⁰⁴ Arendt atribui a Maquiavel o papel de precursor das revoluções modernas, por ter percebido na fundação a ação política central, o único grande feito que poderia estabelecer o domínio público-político e que tornaria possível a política.¹⁰⁵ Ademais, para Arendt, a revolução americana foi mais exitosa em renovar “o fio rompido com a tradição”.¹⁰⁶

pursuits of industry and improvement, and shall not take from the mouth of labor the bread it has earned. This is the sum of good government; and this is necessary to close the circle of our felicities.” (JEFFERSON, T. The First Inaugural Address. In: *The Papers of Thomas Jefferson*: volume 33. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 150-151).

¹⁰³ ARENDT, H. *On Revolution*. p. 201. Ver também: BROOKE, J. L. Consent, Civil Society, and the Public Sphere in the Age of Revolution and the Early American Republic. In: PASLEY, J. L.; ROBERTSON, A. W.; WALDSTREICHER, D. *Beyond the Founders: New Approaches to the Political History of the Early American Republic*. Chapel Hill; London: The University of North Carolina Press, 2004.

¹⁰⁴ “Ele viu que toda a história e a mentalidade romanas dependiam da experiência da fundação, e acreditou que seria possível repetir a experiência romana através de uma Itália unificada que deveria constituir para o organismo político ‘eterno’ da nação italiana a mesma pedra angular sagrada que fora a fundação da Cidade Eterna para o povo latino”. (ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. p. 181). “Considerando adunque quanto onore si attribuisca all’ antichità, e come molte volte, lasciando andare infiniti altri esempi, un frammento d’una antiqua statua sia suto comperato gran prezzo, per averlo appresso di sé, onorarne la sua casa e poterlo fare imitare a coloro che di quella arte si dilettono; e come quegli dipoi con ogni industria si sforzano in tutte le loro opere rappresentarlo; e veggendo, da l’altro canto, le virtuosissime operazioni che le storie ci mostrano, che sono state operate da regni e repubbliche antiche, dai re, capitani, cittadini, latori di leggi, ed altri che si sono per la loro patria affaticati, essere più presto ammirate che imitate; anzi, in tanto da ciascuno in ogni minima cosa fuggite, che di quella antiqua virtù non ci è rimasto alcun segno; non posso fare che insieme non me ne maravigli e dolga.” (MACHIAVELLI, N. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*. Torino: Einaudi, 1971. p. 3).

¹⁰⁵ “E perché io parlo de’ corpi misti, come sono le repubbliche e le sette, dico che quelle alterazioni sono a salute, che le riducano inverso i principii loro. E però quelle sono meglio ordinate, ed hanno più lunga vita, che mediante gli ordini suoi si possono spesso rinnovare; ovvero che, per qualche accidente fuori di detto ordine, vengono a detta rinnovazione. Ed è cosa più chiara che la luce, che, non si rinnovando, questi corpi non durano. Il modo del rinnovargli, è, come è detto, ridurgli verso e’ principii suoi. Perché tutti e’ principii delle sette, e delle repubbliche e de’ regni, conviene che abbiano in sé qualche bontà, mediante la quale ripiglio la prima riputazione ed il primo augumento loro. E perché nel processo del tempo quella bontà si

1.4 Rinnovazione

Na interpretação histórica sugerida por J. G. A. Pocock, os pais fundadores dos Estados Unidos ocuparam um “momento Maquiaveliano”, ou seja, o momento de uma crise nas relações entre a personalidade e a sociedade, a virtude e a corrupção. Ademais, a revolução americana e sua Constituição formaram o último ato do Renascimento cívico e das ideias da tradição cívica humanista.¹⁰⁷

De acordo com o caráter cívico humanista, o indivíduo se percebia como racional e virtuoso, logo, se retratava como um cidadão de virtude clássica, o habitante de uma República clássica. Porém, o preço disso era que ele deveria perceber as mudanças no mundo como formas de corrupção, a mesma corrupção que levou Roma a deixar de ser uma república para se tornar império.

Desse modo, a virtude estaria na busca do bem público, com a qual as paixões menores poderiam competir sem sucesso, enquanto a corrupção seria a incapacidade, ou as consequências da incapacidade de transformar as paixões menores na busca pelo bem público.¹⁰⁸

Logo, o “momento Maquiaveliano” do século XVIII, como o do XVI, confrontava a virtude cívica com a corrupção, e via esta em termos de um caos de desejos, produtor de dependência e da perda da autonomia pessoal, que

corrompe, se non interviene cosa che la riduca al segno, ammazza di necessità quel corpo.” (MACHIAVELLI, N. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*. p. 260). Conforme explicita Newton Bignotto: “O primeiro capítulo do terceiro livro dos *Discorsi* contém o núcleo da doutrina de Maquiavel sobre o tema que nos interessa. Devemos notar, de início, que o tema da fundação era conhecido dos humanistas, que buscavam no passado o momento exemplar da constituição da cidade. Nosso autor começa assim sua reflexão atacando a idéia de que a fundação é um problema que diz respeito apenas ao passado. Sua estratégia é a de começar falando do problema através do recurso à metáfora do corpo, da fundação dos corpos mistos, para nos levar a pensar que a fundação não é algo próprio do político, mas da vida humana em geral. Não somente as cidades são fundadas, mas também as religiões, as seitas e outras formas de organização social. Ao fazer uso da metáfora orgânica, no entanto, Maquiavel não sugere que a fundação seja um fenômeno ‘natural’. Sua intenção é simplesmente destruir o mito florentino da criação perfeita e abrir o campo para uma reflexão que leve em conta a ação e a contingência do mundo em que esse mito existe.” (BIGNOTTO, N. *Maquiavel republicano*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2005. p. 164).

¹⁰⁶ Sobre a questão do êxito da revolução americana, Arendt é explícita em seus ensaios: “Dessas tentativas, somente uma, a Revolução Americana, foi bem sucedida: os pais fundadores, como – o que é bem peculiar – podemos ainda chamá-los, fundaram um organismo político inteiramente novo prescindindo da violência e com o auxílio de uma Constituição.” (ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. p. 185).

¹⁰⁷ POCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. 2ª ed. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2003. p. 462.

¹⁰⁸ POCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment*. p. 472.

aflorava em um mundo de mudanças rápidas e irracionais. Porém, há uma diferença entre as perspectivas de corrupção. Segundo Pocock, enquanto no século XVI esta era vista como *fortuna*, aquilo que tornava os desejos fugidios ao controle humano, no século XVIII, a corrupção foi percebida de maneira mais positiva, embora carente de um conteúdo ético.¹⁰⁹

Assim, com a virtude tomada como princípio das repúblicas, o significado interno das teses republicanas era o de que a virtude deveria manter as condições necessárias para a própria virtude.¹¹⁰ Para Maquiavel, o conceito de *virtù*, tecido sob a influência de autores clássicos e humanistas, refere-se à qualidade que habilita um príncipe a resistir aos golpes da Fortuna, atrair o favor da deusa e, em consequência, elevar-se aos louros da fama que lhe cabe enquanto ocupa esta posição, conquistando honra e glória para si mesmo e segurança para seu governo.¹¹¹

O conceito de virtude cívica¹¹² acabava por basear tudo em uma relação imediata entre a personalidade e a república, em que a “vida civil” tendia a negar

¹⁰⁹ É importante explicar que o ideal de virtude era político, e que a *polis*, baseada na *vita activa* e com a igualdade entre seus princípios, nunca era reduzida à hierarquia. Como dito por Guicciardini, os poucos precisavam dos muitos para salvá-los da corrupção, e quando os muitos aceitavam os poucos como seus líderes naturais eles não cessavam de apresentar julgamentos críticos, de modo que a liderança e a deferência eram ambas virtudes ativas. Cf. POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment*. p. 485.

¹¹⁰ Nesses termos, Arendt expõe que: “A *virtù*, por outro lado, que é segundo Maquiavel a qualidade humana especificamente política, não possui a conotação de caráter moral da *virtus* romana, e tampouco a de uma excelência moralmente neutra à maneira da *areté* grega. A *virtù* é a resposta que o homem dá ao mundo, ou, antes, à constelação da *fortuna* em que o mundo se abre, se apresenta e se oferece a ele, à sua *virtù*. Não há *virtù* sem fortuna e não há *fortuna* sem *virtù*; a interação entre elas indica uma harmonia entre o homem e o mundo – agindo um sobre o outro e realizando conjuntamente – tão remota da sabedoria do político como da excelência moral (ou de outra espécie) do indivíduo e da competência dos *peritos*.” (ARENDR, H. *Entre o passado e o futuro*. p. 182).

¹¹¹ “E’ non mi è incognito come molti hanno avuto et hanno opinione che le cose del mondo sieno in modo governate dalla fortuna e da Dio, che li uomini con la prudenzia loro non possino correggerle, anzi non vi abbino remedio alcuno; e per questo, potrebbono iudicare che non fussi da insudare molto nelle cose, ma lasciarsi governare alla sorte. Questa opinione è suta più creduta ne’ nostri tempi (...) Similmente interviene della fortuna: la quale dimostra la sua potenza dove non è ordinata virtù a resisterle, e quivi volta li sua impeti, dove la sa che non sono fatti li argini e li ripari a tenerla” (MACHIARELLI, N. *Il Principe*. Torino: Einaudi, 1961. p. 92). SKINNER, Q. *Maquiavel*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988. p. 59.

¹¹² Para Bonnie Honig: “Arendt, too looks to *virtù* to disrupt the closures of moral and political system and create new spaces of possibility. But she departs from Nietzsche in celebrating *virtù* as an excellence of *political* founding, a practice of which Nietzsche despairs. She prizes *virtù* for its unique capacity to found new regimes, generate political power, and set up the institutional conditions for its maintenance and regeneration. Whereas Nietzsche unmasks the extraordinary underpinnings of ordinary life, Arendt leaves them in place in order to focus more forcefully on making the ‘extraordinary’ – in this case, virtuosic political action – ‘an ordinary occurrence’. Virtuosic action relieves the oppressive repetition of nature, enabling Arendt’s actors to ‘establish relations and create new realities’ rather than merely repeat old ones.

bens secundários ao invés de afirmá-los. Por isso, Esparta, vista como o modelo da negação dos desejos pessoais, foi tradicionalmente preferida a Atenas, pois acreditava-se que para os espartanos os desejos poderiam ser assumidos como superiores ao bem comum.

Observava-se, portanto, que a partir do pensamento inglês do século XVIII, era possível extrair uma teoria que mostrava como a virtude foi construída e demolida pelo próprio crescimento da sociedade, assim como perceber a relação entre o entendimento de Maquiavel de que as repúblicas nunca se tornam completamente estáveis ou virtuosas.¹¹³

A revolução americana, segundo Pocock,¹¹⁴ foi reinterpretada e percebida como uma drástica rearticulação da linguagem e da perspectiva do pensamento inglês de oposição – *Whig*. Por isso, por meio desse vínculo, pode-se perceber a qual tradição os revolucionários se ancoraram para fundamentar suas ideias, qual seja, de corte aristotélico e maquiaveliano. Porém, as experiências da Guerra de Independência e da produção da Constituição demandaram uma revisão dessa tradição e, em certos termos, um afastamento dela.

Os esforços, então, concentram-se em uma leitura da revolução americana em sua relação complexa com a história cultural da Inglaterra e do Renascimento e, com uma tradição de pensamento que tinha, desde o seu começo, confrontado o homem político com sua história. Porém, a relação dos revolucionários americanos com a *tradição* não foi linear, eis que eles fizeram *uso do passado* com vistas a *legitimar decisões políticas específicas*, como a *independência* e o *federalismo*.

And it subverts the ‘rise of the social’, the forces of normalization that discipline multiple selves into modes of subjectivity whose homogeneity disables the individuality Arendt celebrates.” (HONIG, B. *Political Theory and the Displacement of Politics*. Ithaca: Cornell University Press, 1993. p. 4).

¹¹³ Maquiavel na sua História de Florença tece o seguinte comentário no Livro V, 1: “As províncias, na maioria das mudanças que sofrem, costumam sair da ordem e entrar na desordem, para depois passarem de novo da desordem à ordem; porque, não permitindo a natureza que as coisas mundanas tenham parada, quando elas chegam à sua máxima perfeição, não podendo subir mais, é mister que desçam; (...)” (MAQUIAVEL, N. *História de Florença*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 281).

¹¹⁴ POCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment*. p. 506.

Assim se, por um lado, os homens da revolução americana continuaram dependendo da estrutura conceitual e intelectual da tradição europeia,¹¹⁵ por outro, o estudo de fontes históricas e doutrinárias dos colonos, conforme expresso em documentos formais e informais, nos panfletos, nas declarações, revela um ecletismo geral e indiscriminado. Nos termos de Bernard Bailyn: “Eles gostavam de exibir autoridades para seus argumentos, referindo-se a elas e fazendo citações com inteira liberdade (...)”.¹¹⁶

Por isso, os clássicos do mundo antigo aparecem em diversos locais da literatura da Revolução, contudo, segundo Bailyn, a aparição destes é ilustrativa e não determinante do pensamento. Serviram de suporte para enriquecer o vocabulário, mas não alteraram, de maneira decisiva, o conteúdo das ideias gestadas na revolução.

Em termos gerais, pode-se afirmar que os escritos que tiveram influência mais direta no pensamento da geração revolucionária foram os provenientes do racionalismo e do Iluminismo, os quais expressavam tanto o racionalismo da reforma liberal como o conservadorismo iluminista. Porém, da mesma forma, adverte Bailyn: “As citações são abundantes, mas o conhecimento que refletem, como sucedia com o dos clássicos antigos, é por vezes superficial”.¹¹⁷

De qualquer modo, a ideologia *Whig*, representada por Harrington e Bolingbroke, a tradição antiga e renascentista, Montesquieu e outros formavam as *autoridades literárias* da cultura revolucionária americana.¹¹⁸ Assim, uma vez ameaçada a virtude, os revolucionários viam como remédio possível um *retorno* para as bases fundamentais dos princípios de governo da Inglaterra. Tal *retorno*

¹¹⁵ Cf. ARENDT, H. *On Revolution*. p. 216. Sobre a questão também é relevante o estudo de Bruce Ackerman. Cf. ACKERMAN, B. *We the people*. Cambridge; London: Harvard University Press, 1993.

¹¹⁶ BAILYN, B. *As origens ideológicas da Revolução Americana*. Bauru, SP: EDUSC, 2003. p. 42.

¹¹⁷ BAILYN, B. *As origens ideológicas da Revolução Americana*. p. 46. Em outro sentido, Jack Rakove entende que Madison e seus colegas obtiveram suas ideias para o governo de grandes teóricos dos séculos XVII e XVIII, tais como: Montesquieu, Locke, Harrington, Hume e Blackstone, mas as lições que eles aplicaram em seu projeto de governo estava mais pautado naquilo que eles haviam feito anteriormente do que naquilo que eles tinham lido. Cf. RAKOVE, J. N. “The Great Compromise”: Drafting the American Constitution, 1787. In: *History Today*. v. 37, n. 9. 1987. p. 22.

¹¹⁸ Cujos idealizadores possuíam como valor e conceito central um ideal cívico e patriota, no qual a personalidade era fundada na propriedade, aperfeiçoada pela cidadania, mas constantemente ameaçada pela corrupção, como explana Pocock: a corrupção, que ameaçava as bases cívicas da personalidade, era irremediável exceto pela própria virtude pessoal e, portanto, se tornaria tão logo irreversível se uma ação não fosse tomada a tempo. Cf. POCKOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment*. p. 507.

era entendido como portador das sementes de sua própria corrupção, da constituição da *commonwealth*, além de uma tentativa de reconstituir uma forma de governo na qual a virtude poderia ser assegurada e liberta.¹¹⁹

Em defesa de sua virtude, os revolucionários se voltaram contra uma monarquia parlamentar corrupta e vislumbraram como alternativa se reunirem na forma de uma Confederação de Repúblicas.¹²⁰ A *fórmula* encontrada pelos revolucionários para lidar com a corrupção foi a criação de um conjunto de leis: a *Constituição*, que precisava ser combinada com instituições especiais para lidar com a *manutenção da liberdade*.¹²¹ Deveria haver, portanto, uma perpétua vigilância da liberdade, pois aqueles com excesso de poder (os poucos) sempre iriam procurar alterar o equilíbrio das leis a favor de seus interesses, o que levaria a uma ameaça da liberdade e à abertura das portas para a corrupção.

Logo, se os revolucionários procuraram nos teóricos da antiguidade modelos para suas experiências políticas, isto não ocorreu, segundo Arendt, por meio do “fio da tradição”, pois, na verdade, este havia sido perdido.¹²² Porém, ante a urgência e a necessidade de autoridades que respaldassem seus conceitos e suas decisões fáticas, vasculharam nos arquivos da tradição e encontraram, como havia feito Maquiavel, na República de Roma a *representação* que era capaz de *religá-los* a uma origem, no caso, na fundação da cidade *eterna*.¹²³ Roma serviu não apenas de amparo teórico, no preenchimento de uma lacuna de autoridade legada pela tradição – indispensável no momento de fundação de governos – mas também de suporte fático, pautado em uma leitura histórica conveniente aos interesses dos

¹¹⁹ Nesse sentido, explica Pocock que: Quanto maior a aparente independência deles, maior o senso deles de que a virtude lhes era própria; mas, quanto mais ativo um governo no qual eles não participavam diretamente, maior era o senso deles de que sua independência e virtude eram ameaçadas por uma força que eles apenas poderiam chamar de corrupção; e, como Maquiavel e Catão haviam lhes ensinado, uma vez que eles desconfiavam do governo, não haveria mais nada do que não temer. A tirania deveria, de fato, ser temida “em cada brisa contaminada”. POCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment*. p. 509.

¹²⁰ Na interpretação de Pocock, nesse aspecto, a revolução era uma *rinnovazione*, no sentido exato inteligível nas obras de Savonarola ou Maquiavel. POCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment*. p. 516.

¹²¹ Preocupações “maquiavelianas”, como anota Skinner, já que Maquiavel continua seu argumento afirmando que, embora uma constituição mista seja necessária, ela não é de modo algum suficiente para garantir que a liberdade seja preservada. SKINNER, Q. *Maquiavel*. p. 105.

¹²² ARENDT, H. *On Revolution*. p. 262.

¹²³ Para Arendt, foi a autoridade implícita no ato de fundação o fator que assegurou a estabilidade da formação dos Estados Unidos. Cf. ARENDT, H. *On Revolution*. p. 212.

revolucionários, a qual foi capaz de dar respostas práticas que orientaram a formação das repúblicas modernas.

Com o nascimento de uma nova Nação, não poucos eram os problemas relativos à nova configuração política e institucional dos Estados Unidos. Dessa maneira, é possível observar que um dos alicerces fundantes na formação da identidade nacional dos Estados Unidos se encontra na Constituição. Para Arendt, a relação existente entre o povo americano ante a revolução e a Constituição seria de uma ordem “religiosa”, no sentido originário do termo *religare*, ou seja, capaz de formar uma vinculação com sua origem.¹²⁴

Trata-se de um aspecto da revolução americana que a diferenciou de outras revoluções, justamente a autoridade implícita no ato de fundação ao invés da crença em um legislador imortal ou nas promessas advindas de recompensas e ameaças de uma sanção na vida futura – no além. Afirma Arendt que as *duvidosas verdades* enumeradas no preâmbulo da Declaração de Independência foram as que conseguiram garantir estabilidade para a nova república.¹²⁵

Observa-se, então, nessa derivação política originária, uma inspiração política nas instituições romanas, ante os desafios que a formação de uma nova entidade soberana viria a apresentar como a organização das estruturas internas para a modelação do conjunto social e estabilização das expectativas populares. O exemplo de Roma apontava para o poder entregue ao povo (*potestas in populo*). E a autoridade com o Senado (*auctoritas in senatu*). No

¹²⁴ O tributo à origem possui dois eixos, um primeiro equivocado, pois os homens da revolução americana pensaram que, ao resgatar a memória, ao recuperar um período primitivo, conseguiriam “retomar” seus direitos e liberdades. No caso, pode-se observar que estavam, de fato, a consolidar uma compreensão liberal da garantia de tais direitos. O segundo eixo trata de um acerto político, ao derivar tanto a autoridade como a estabilidade de um corpo político.

¹²⁵ Recorde-se que, na Declaração, as verdades “evidentes por si mesmas”, eram as seguintes: a de que todos os homens são criados iguais, dotados (por Deus) de direitos inalienáveis como a vida, a liberdade e a busca pela felicidade. Além disso, de que os governos são instituídos com o objetivo de promover a garantia desses direitos – e que os governos são derivados do consentimento dos governados. Isso auferia ao povo o direito de contestá-lo ou, até mesmo, destruí-lo – caso o governo viesse a violar os princípios originários – e instituir um novo corpo político. Este deveria ser fiel ao povo, bem como alcançar, da melhor maneira possível, a segurança e a felicidade.

caso dos revolucionários americanos não houve uma reprodução exata dessa fórmula, eis que a *auctoritas* foi entregue ao Poder Judiciário.¹²⁶

A partir disso Arendt entende que a *falta de poder*, constatada pelo Federalista, indica que a sede primordial da “República americana” seria a *Suprema Corte*, a qual se exercia mediante uma constante atividade constitucional, uma espécie de “Assembleia constitucional” exercida permanentemente.¹²⁷

Enfrentava-se o problema de fazer com que o *acordo* – envolto em tensões de diversas ordens, como a pressão da Inglaterra e a necessidade de conciliação entre as colônias – se tornasse *perpétuo*, que o ato originário da fundação fosse permanente. Por isso a aposta feita pelos pais fundadores foi centrada na figura da *autoridade*. Depositava-se a confiança na estabilidade e na permanência como valores destinados a robustecer o pacto originário.

A *aposta na autoridade* também restou refletida no duplo papel do termo “Constituição”, que abriga tanto a noção de “ato constituinte” – o qual antecede todos os governos, a conformação de uma sociedade e sua respectiva

¹²⁶ Isso se explica pelo fato de o Judiciário ser o menos temível para a Constituição, como previsto no Federalista n. 78: “The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society, and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of tis judgments.” (HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. p. 464).

¹²⁷ “However, while the American institutional differentiation between power and authority bears distinctly Roman traits, its own concept of authority is clearly entirely different. In Rome, the function of authority was political, and it consisted in giving advice, while in the American republic the function of authority is legal, and it consists in interpretation. The Supreme Court derives its own authority from the Constitution as a written document, while the Roman Senate, the *patres* or fathers of the Roman republic, held their authority because they represented; or rather reincarnated, the ancestors whose only claim to authority in the body politic was precisely that they had founded it, that they were the 'founding fathers'.” (ARENDT, H. *On Revolution*. p. 200). Em sentido diverso ao exposto por Arendt, Judith Skhlar afirma que: “Whatever the ideological gratifications that the mnemonic evocation of an original and pure citizenry may have, it is unconvincing and ultimately an uninteresting flight from politics if it disregards the history and present actualities of our institutions. Citizenship has changed over the years, and political theorists who ignore the best current history and political science cannot expect to have anything very significant to contribute to our political self-understanding. (...) Neither Supreme Court opinions, which at times serve to structure our public debates, nor the writings of other philosophers, however distinguished can act as a substitute for a genuinely historical and politically informed understanding of what citizenship has been and now is in America.” (SHKLAR, J. *American Citizenship*. p. 9).

estruturação político-institucional – quanto o legado do momento fundacional, a Carta, a Constituição em sua condição de *documento escrito*.¹²⁸

Entende-se a emulação desse “momento de origem” como uma produção de uma *abstração fundacional*. Um intervalo temporal em que os atores políticos se colocam *fora da continuidade cronológica* (no tempo fora do tempo) para assumirem o papel de *fundadores*. Como afirma Arendt, o importante neste ponto não é tanto a utilização dos romanos como amparo para a fundação, que em si representaria uma “reconstituição”, mas a de que estes atores políticos estavam “(...) preparados para a tarefa paradoxal de produzir uma nova origem porque eles mesmos são origens novas e, portanto, iniciadores, pois a autêntica capacidade para a origem está contida na natalidade, no fato de os seres humanos aparecerem no mundo em virtude do nascimento”.¹²⁹

A revolução combinou dois elementos, as *promessas mútuas* e a *deliberação*. Por isso, ela pode ser lembrada como o resultado de homens que trabalharam em comum acordo com o respaldo das promessas mútuas, pois os homens não deveriam se limitar apenas às inconstâncias da fortuna, aguardar que suas constituições políticas dependessem do acaso. Como afirma Hamilton no Federalista n. 1, acreditava-se que os homens eram realmente capazes de estabelecer bons governos a partir de suas reflexões e de suas escolhas.¹³⁰

Assim, a expressão “*We the People*” (Nós, o povo), constante no preâmbulo da Constituição Americana de 1787, procurou estabelecer uma ficção de que a comunidade não era governada por um Rei, por um poder externo, mas por *instituições*, as quais representavam sua própria expressão com uma

¹²⁸ Sobre o assunto trata Roscoe Pound: “A idéia de constituição escrita tinha por precedente o Instrumento do Governo sob a Comunidade, mas era conhecida dos juristas da Revolução tanto pelas cartas que tinham nos livros de direito como pelas cartas sob as quais se haviam acostumado a reportar os poderes dos magistrados e legisladores. A província era governada sob carta expedida pelo rei. O Estado devia ser governado por meio de carta promulgada pelo povo soberano” (POUND, R. *Liberdade e garantias constitucionais*. São Paulo: IBRASA, 1976. p. 64).

¹²⁹ “(...) men are equipped for the logically paradoxical task of making a new beginning because they themselves are new beginnings and hence beginners, that the very capacity for beginning is rooted in natality, in the fact that human beings appear in the world by virtue of birth.” (ARENDT, H. *On Revolution*. p. 211. Tradução livre).

¹³⁰ Cf. HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*.

ordem política que não é derivada da história, mas, criada e implementada civicamente – pelo *Povo*.¹³¹

Em um mundo que se projeta como *moderno*, a justificação do poder não pode mais ocorrer com o recurso a entidades metafísicas. A argumentação e a legitimação da relação entre governantes e governados não *deveriam* possuir mais à sua disposição as representações extraterrenas. A secularização promove um esvaziamento, um deslocamento das motivações que procuram legitimar a presença de uma figura política na condução da coisa pública. A ausência da figura divina precisa ser suplantada por outros conceitos, ainda que *herdeiros* da sua simbologia.

Por esse motivo, o questionamento acerca daquilo que nos constitui precisa ser respondido “internamente”: “nós o Povo” nos constituímos. Um conceito que auxilia e *suplanta* o lugar “vazio” deixado pela figura divina é o da identidade do sujeito constitucional. A Constituição (material) passa a ser o meio pelo qual uma comunidade política *deveria* se organizar e o Povo (uma figura também *espectral*) passa a ser a fonte de produção do poder e de legitimação da organização política. A identidade do sujeito constitucional é uma elaboração que permite – ainda que parcialmente – uma resposta para o dilema intergeracional que sobrevive ao deslocamento da *teologia política*.

¹³¹ Neste sentido, Oscar Vilhena Vieira mostra que: “As Constituições democráticas, ao estabelecerem que certos direitos e instituições encontram-se acima do alcance dos órgãos ordinários de decisão política ou, mesmo, fora de sua competência, por força das limitações materiais ao poder de reforma, atuam como mecanismos de autovinculação, ou pré-comprometimento, adotados pela soberania popular para se proteger de suas próprias paixões e fraquezas. Protegendo metas de longo prazo, constantemente subavaliadas por majorias ávidas em maximizar seus interesses imediatos, as Constituições também funcionaram como mecanismo de proteção contra inconsistências temporais, defendendo, assim, as sociedades de suas próprias miopias.” (VIEIRA, O. V. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 19).

2. O sujeito constitucional e suas identidades

Every account of the origins of the state starts from the premise that “we” – not we the readers but some generic we so wide as to exclude no one – participate in its coming into being. But the fact is that the only “we” we know – ourselves and the people close to us – are born into the state; and our forebears too were born into the state as far back as we can trace. The state is always there before we are. (...) If, despite the evidence of our senses, we accept the premise that we or our forebears created the state, then we must also accept its entailment: that we or our forebears could have created the state in some other form, if we had chosen; perhaps, too, that we could change it if we collectively so decided. But the fact is that, even collectively, those who are “under” the state, who “belong to” the state, will find it very hard indeed to change its form; they – we – are certainly powerless to abolish it.¹³²

Como manter, preservar aquilo que ainda está *por vir*, assim como aquilo que *veio* e redefiniu a estrutura das relações intersubjetivas? Quais são os elementos institucionais que *sobrevivem*, que experimentam, *atravessam* o episódio da vinda (do ser, do *outro*), aquilo que está vindo, que está por *suced*er? O que *resta* após a vinda? O subalterno, o servo pode *sobrevir* ao mestre? O *escravo* pode suspender, superar, *derrotar* a relação em que se encontra?¹³³

A lógica do senhorio não pode ser inscrita no núcleo do próprio conceito, o que leva Derrida a afirmar que não existe um núcleo do sentido, o sentido é produzido dentro da *tessitura das diferenças*, precisa ser inscrito na corrente

¹³² COETZEE, J. M. *Diary of a bad year*. London: Vintage, 2007. p. 3.

¹³³ “The servant is the man who does not put his life at stake, the man who wants to conserve his life, wants to be conserved (servus). By raising oneself above life, by looking at death directly, one accedes to lordship: to the for-itself [pour soi, für sich], to freedom, to recognition. Freedom must go through the putting at stake of life (Daransetzen des Lebens). The lord is the man who has had the strength to endure the anguish of death and to maintain the work of death. Such, according to Bataille, is the center of Hegelianism. The ‘principal text’ would be the one, in the Preface to the Phenomenology, which places knowledge ‘at the height of death’.” (DERRIDA, J. *Writing and Difference*. p. 321). As reflexões de Coetzee podem contribuir neste ponto: “If you take issue with democracy in times when everyone claims to be heart and soul a democrat, you run the risk of losing touch with reality. To regain touch, you must at every moment remind yourself of what it is like to come face to face with the state – the democratic state or any other – in the person of the state official. Then ask yourself: Who serves whom? Who is the servant, who the master?” (COETZEE, J. M. *Diary of a bad year*. p. 15).

contínua de uma forma de escritura que, por sua vez, excede o *logos*, o *sentido* e a *presença*.¹³⁴

As substituições, as transformações e os intercâmbios são operações realizadas a partir da *história do sentido*, cuja origem pode ser sempre reacendida, ou cujos fins podem ser antecipados na forma da *presença*. Assim, a história do conceito das estruturas, das instituições pode ser pensada como uma corrente de substituições de seus centros, uma *cadeia de determinações do centro*, que recebe diferentes formas e denominações, segundo Derrida: “A história da metafísica, como a história do Ocidente, é a história destas metáforas e metonímias. Sua matriz (...) é a determinação do Ser como presença em todos os sentidos desta palavra.”¹³⁵

Na ausência de um centro de origem, tudo se torna *discurso*, um sistema no qual o centro significativo – original ou transcendental – não pode ser colocado fora de um sistema de *diferenças*.¹³⁶ O movimento que produz sentido *suplementa*, acrescenta algo que indica que há sempre mais, uma lacuna ainda por ser preenchida pelo significado.¹³⁷ A presença de um elemento externo é sempre uma referência substitutiva no sistema de diferenças e no movimento da cadeia de sentidos.

A possibilidade da produção de sentidos, da significação discursiva leva o negativo a ser o oposto mas, ao mesmo tempo, a completar o positivo. Estar vivo, se manter vivo, trabalhar, adiar o prazer, limitar os riscos, respeitar a morte no momento em que se olha diretamente para ela, esta é condição *servil* do domínio e da história que o torna possível. Essa foi a *lógica* desafiada por

¹³⁴ “The Hegelian *Aufhebung* is produced entirely from within discourse, from within the system or the work of signification. A determination is negated and conserved in another determination which reveals the truth of the former. From infinite indetermination one passes to infinite determination, and this transition, produced by the anxiety of the infinite, continuously links meaning up to itself. The *Aufhebung* is included within the circle of absolute knowledge, never exceeds its closure, never suspends the totality of discourse, work, meaning, law, etc.” (DERRIDA, J. *Writing and Difference*. p. 348).

¹³⁵ “The history of metaphysics, like the history of the West, is the history of these metaphors and metonymies. Its matrix (...) is the determination of Being as presence in all senses of this word.” (DERRIDA, J. *Writing and Difference*. p. 353. Tradução livre).

¹³⁶ DERRIDA, J. *Writing and Difference*. p. 354.

¹³⁷ DERRIDA, J. *Writing and Difference*. p. 366.

Nelson Mandela em seu discurso no julgamento de Rivonia em 1964, em que afirmou: “Eu estou preparado para morrer.”.¹³⁸

Para Mandela, a remoção da discriminação racial e a adoção de direitos democráticos na Constituição eram as tarefas necessárias no momento de seu julgamento. Ele estava a demandar um conteúdo de justiça (futuro) para as leis sob as quais iria ser submetido. Ademais, sua *admiração* perante o sistema parlamentar, acompanhado da Magna Carta, da Bill of Rights e dos documentos *reverenciados* pelos democratas ao redor do mundo foi acompanhada pelo *grande respeito* pelas instituições políticas e do sistema de justiça da Inglaterra. Para Mandela, o Parlamento britânico era a instituição mais democrática do mundo, a independência e imparcialidade do judiciário inglês “(...) nunca falhou em despertar minha admiração”.¹³⁹

A partir da *admiração* de Mandela pelo Direito, Derrida manifesta sua *admiração* por Mandela e aventa os paradoxos especulares na experiência do Direito, “Não há direito sem espelho”.¹⁴⁰ Se Mandela admira essa tradição, isso o transforma em um *herdeiro* dela?

A resposta para tal questão depende do sentido do ato de herdar, eis que o herdeiro pode ser aquele que *conserva* e *reproduz*, mas, também, aquele que respeita a *lógica do legado* a ponto de tomá-lo, em certos episódios, contra aqueles que afirmam ser seus *guardiões*, a ponto de revelar aquilo que não tinha sido visto na herança.

No caso, os herdeiros estavam limitados a uma pequena parte da população, a interesses privados da minoria branca que se tornou o *sujeito*

¹³⁸ “ During my lifetime I have dedicated myself to this struggle of the African people. I have fought against white domination, and I have fought against black domination. I have cherished the ideal of a democratic and free society in which all persons live together in harmony and with equal opportunities. It is an ideal which I hope to live for and to achieve. But if needs be, it is an ideal for which I am prepared to die.” (MANDELA, N. I am prepared to die. Pretoria, 1964. Disponível em: <http://db.nelsonmandela.org/speeches/pub_view.asp?pg=item&ItemID=NMS010>. Acesso em: 20 ago. 2013).

¹³⁹ “(...) never fail to arouse my admiration.” (MANDELA, N. I am prepared to die. Tradução livre).

¹⁴⁰ “There is no law without mirror.” (DERRIDA, J. The Laws of Reflection: Nelson Mandela, in Admiration. In: DERRIDA, J. TLILI, M. *For Nelson Mandela*. New York : Seaver Books, 1987. p. 64. Tradução livre).

privilegiado, o único sujeito da Constituição inconstitucional.¹⁴¹ A Lei Fundamental que não podia preceder a assinatura extraordinária que se *autorizou a assinar*,¹⁴² tornou-se legal, por sua própria iniciativa, sem a garantia de uma lei anterior.

Mandela se apresenta diante de seu *Povo, diante da lei*. Diante do direito que ele está a contestar, em nome de uma *lei superior*, a lei que ele manifesta sua *admiração* e diante da qual ele concorda em *se apresentar, aparecer*.¹⁴³ Mandela reflete a condição do fora-da-lei, da lei a partir da qual ele foi pré-julgado, ele aparece diante de um tribunal que já havia acontecido: “(...) ele se posiciona *contra o código no código*, ao refletir o código, e portanto tornar visível aquilo que o código à força torna ilegível.”¹⁴⁴ Seu reflexo produz o visível, não reproduz o código.

Apresentar-se diante da lei confere a Mandela a oportunidade de *discursar*, de dar ressonância (universal) à sua voz – romper o silêncio do episódio – perante seus julgadores. Essa é uma oportunidade que permite que *ele* reúna o sentido de sua história, produza seu sentido, a história que é sua e de seu *Povo*, que precisa de uma *narrativa* para produzir outras narrativas.

Mandela tem uma responsabilidade pelo *futuro*. Para Mandela, o julgamento não era um apenas um momento de se apresentar, testemunhar, contestar, tornar conhecida sua história e a de seu Povo, mas era o instante de reinstituir a lei *para o futuro*,¹⁴⁵ como se, na verdade, a lei nunca tivesse tido um lugar (*topos*) no episódio, como se *ela* nunca tivesse se apresentado.

Assim, é possível questionar, em outra mirada, o fato de que o “nós”, das Declarações que se arrogam o direito de proclamar direitos “em nome do povo”,

¹⁴¹ DERRIDA, J. The Laws of Reflection. p. 67.

¹⁴² DERRIDA, J. The Laws of Reflection. p. 69. “(...) in the struggle against *apartheid*, the ‘reflection’ of which we are speaking here makes visible what was no longer even visible in the political phenomenality dominated by whites. It obliges us to see what was no longer seen or was not yet to be seen. It tries to open the eyes of whites; it does not reproduce the visible, it produces it. This reflection makes visible a law that in truth it does more than reflect, because this law, in its phenomenon, was invisible: had become invisible or was still invisible.” (DERRIDA, J. The Laws of Reflection. p. 70-71).

¹⁴³ DERRIDA, J. The Laws of Reflection. p. 74.

¹⁴⁴ “(...) he sets himself *against the code in the code*, by reflecting the code, and thereby making visible what the code in force makes unreadable.” (DERRIDA, J. The Laws of Reflection. p. 79. Tradução livre).

¹⁴⁵ DERRIDA, J. The Laws of Reflection. p. 82.

na verdade, ainda não existia como um elemento efetivo no momento da Declaração. Não existia como entidade, pois a Declaração é que funda o “nós” e, se ele se “autoproduz”, como um sujeito livre e independente, ele só pode fazê-lo no ato da assinatura, pois “A assinatura inventa o assinante”.¹⁴⁶

De acordo com Derrida, não há linguagem sem a dimensão performativa da *promessa*, ou seja, no minuto em que uma pessoa busca se comunicar com outra ela está em meio a uma promessa: “Mesmo que eu diga ‘Eu não acredito na verdade’ ou em qualquer coisa, o minuto que eu abro minha boca há um ‘acredite em mim’ funcionando”.¹⁴⁷ Logo, os fatos de *prometer* e *falar* são eventos que tomam lugar em um “aqui” e em um “agora”, não são utópicos, pois a promessa pode ser cumprida, e o ensaio derridiano procura deixar o *futuro aberto* para que ela ocorra.

Para Chantal Mouffe, o conceito do *exterior constitutivo* é importante, pois enfatiza o fato de que a criação de uma *identidade* implica o estabelecimento de uma *exterioridade*, de uma *diferença*, a qual é construída com bases dicotômicas e hierárquicas, entre forma e matéria, branco e negro, homem e mulher. Deve-se observar que a própria noção de *identidade* é *relacional* e produz a afirmação de *diferenças*, do *outro* que constitui uma *exterioridade*; assim, a pré-condição para existência da identidade está no terreno fértil dos conflitos.¹⁴⁸

Ante as repercussões da fundação de uma nova forma de governo, observa-se que uma das principais heranças das revoluções está nas Constituições. Assim, para além da aporia da fundação e da ideia arendtiana de que as cartas constituintes da sociedade jurídico-política moderna são promessas, outra questão que se antepõe no horizonte é a *identidade do sujeito constitucional*. Qual o papel histórico do momento fundador constituinte na interpretação e aplicação contemporânea das Constituições, ante as grandes

¹⁴⁶ “The signature invents the signer.” (DERRIDA, J. *Negotiations: interventions and interviews*, 1971-2001. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 49. Tradução livre).

¹⁴⁷ “Even if I say that ‘I don’t believe in truth’ or whatever, the minute I open my mouth there is a ‘believe me’ in play.” (DERRIDA, J. *Remarks on Deconstruction and Pragmatism*. In: MOUFFE, C. *Deconstruction and Pragmatism*. London and New York: Routledge, 1996. p. 82. Tradução livre).

¹⁴⁸ MOUFFE, C. *Politics and Passions: the stakes of democracy*. London: Center for the Study of Democracy, 2002. p. 6-7.

variações históricas que, inevitavelmente, acabam por ocorrer na interpretação dos valores que sustentam as bases institucionais do ocidente?

Michel Rosenfeld apresenta a seguinte tese: “Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras”.¹⁴⁹ Assim, o maior problema é a incerteza do passado e do futuro, porque marcados por fatos que não têm seu significado visivelmente definidos. Exemplo disso é a *intenção dos constituintes*, que pode ser constantemente reinterpretada e reconstruída. A tarefa de determinar o conteúdo constitucional também recai no problema da incerteza dos conceitos, afinal, o texto está sempre aberto a interpretações e reinterpretações, justamente por se tratar de *linguagem*, de discurso.

Várias questões atinentes aos rumos trazidos por uma Constituição e seu reflexo na sociedade podem ser formuladas e, a partir delas, a busca de uma “identidade do sujeito constitucional” tem relação com as outras identidades que foram rechaçadas ou incorporadas parcialmente. Contudo, tais identidades “outras” devem guardar uma distância ideal entre a identidade constitucional em foco. Assim, a questão-chave passa a ser a de: “(...) como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades relevantes contra as quais ela precisa produzir sua própria imagem (...)”,¹⁵⁰ eis que precisa incorporar – de maneira concomitante – elementos das diferentes identidades para dar continuidade à comunidade política.

Portanto, superar o simples binômio exclusão/inclusão das demais identidades em relação à identidade constitucional é, ao mesmo tempo, uma tarefa importante e complexa, pois depende de um processo dinâmico e sempre inacabado, parcial, fragmentado. No lugar onde se pretendia, com as teorias tradicionais, encontrar uma resposta para a legitimidade do texto constitucional, percebe-se que há, na verdade, um *vazio*, um *hiato*, que poderá ser preenchido

¹⁴⁹ ROSENFELD, M. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 17. O livro traduzido refere-se ao artigo: ROSENFELD, M. The Identity of the Constitutional Subject. In: *Cardozo Law Review*. v. 16, 1995. O livro em inglês é uma versão posterior e mais abrangente da teoria desenvolvida na década de 1990.

¹⁵⁰ ROSENFELD, M. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 23.

com a constante reconstrução de algo que é, por sua vez, inerentemente incompleto e aberto – eis uma das formas como a democracia se apresenta.¹⁵¹

A importância da lacuna apresentada por Rosenfeld está em sua *posição* em relação à afirmação e negação da identidade do sujeito constitucional. A lacuna ou a *khôra* ocupa o terceiro nível ontológico, enfrenta a dificuldade de ser anunciada ou objetivada na linguagem. A *khôra* é referida como o lugar, o receptáculo, o país, o pedaço de terra, a mãe, a localização, o suporte de algo ou alguém, traços que aparentam lhe conferir uma determinação espacial, contudo, é justamente sua *indeterminação* que evidencia a *impossibilidade* de apontar um determinado local com exatidão.¹⁵²

Ela representa o ponto de contato entre o *arquétipo* ideal e suas *representações*, os particulares. É o lugar em que se consuma o processo de participação, e também o caráter mimético, pois tudo aquilo que nela entra e sai são *imitações* daquilo que é, sempre. A *khôra* evidencia as transformações que as coisas podem ser submetidas, aquilo que é tratado como “isto”, quando o “isto” deveria ser tratado como “aquilo que está assim em certas circunstâncias”.¹⁵³

¹⁵¹ “At stake here is the very concept of democracy as concept of a promise that can only arise in such a *diastema* (failure, inadequation, disjunction, disadjustment, being ‘out of joint’). That is why we always propose to speak of a democracy to come, not of a future democracy in the future present, not even of a regulating idea, in the Kantian sense, or of a utopia, at least to the extent that their inaccessibility would still retain the temporal form of a future present, of a future modality of the living present.” (DERRIDA, J. *Specters of Marx*. p. 81). Derrida está a contrastar com seu conceito de democracia *por vir*, a democracia “enquanto tal” que expõe a diferença entre a implementação da vontade racional da maioria e impossibilidade de realização da democracia pelo efetivo tratamento igualitário de cada pessoa pertencente à comunidade.

¹⁵² Ela expõe as características do inteligível e do sensível, é invisível e amorfa, é também tangível, mas apenas pode ser pensada por um *raciocínio bastardo*. Tem-se uma constituição ontológica híbrida, caracterizada de modo ambíguo, pois é uma extensão, uma condição espacial, dá lugar para aquilo que está por-vir, ao mesmo tempo em que ocupa um determinado *corpo*, realiza a extensão espacial em um *ponto*, é a natureza que recebe os corpos. Nos termos de Platão: “Assim, no que respeita ao universo, o novo ponto de partida deve ser mais diferenciado do que anteriormente. Na verdade, nós tínhamos distinguido dois tipos de ser, mas agora temos que estabelecer um terceiro de outra espécie. Decerto que aqueles dois eram suficientes para o que expusemos anteriormente: um foi proposto como sendo o tipo do arquétipo, inteligível e que é sempre imutável, e o segundo, como uma imitação do arquétipo, sujeito ao devir e visível. Nesse momento, não distinguimos o terceiro, por considerarmos que os dois seriam suficientes. Mas agora, o discurso parece obrigar-nos a empreender uma exposição que esclareça um tipo difícil e obscuro. Que propriedade temos nós de supor que ele terá de acordo com a natureza? Será sobretudo a seguinte: ser o receptáculo e, por assim dizer, a ama de tudo quanto devém.” (PLATÃO. *Timeu-Critias*. p. 131).

¹⁵³ Para Platão: “Não é viável, mas para os estabelecer da forma mais segura possível convém falar sobre

O uso da linguagem como recipiente metafórico não é casual, pois possibilita a distinção ontológica entre o “isto” e “aquilo que está assim”. Isso pode ser observado na natureza recipiente dos corpos, pois a linguagem não perde suas *propriedades*, recebe tudo e não muda sua forma em decorrência daquilo que entra nela, é um *suporte* de produção das outras coisas. Nos termos de Platão: “Por enquanto, é necessário que tenhamos em mente que há três gêneros: aquilo que devém, aquilo em que algo devém e aquilo à semelhança do qual se cria o que devém.”.¹⁵⁴ O receptáculo seria a “mãe”, o ponto de partida o “pai” e o “filho” aquilo que nasce deles. Assim, aquele que recebe todos os gêneros deveria estar desprovido de todas as formas.

Para Derrida, cada narrativa é o *receptáculo* para outras (futuras) narrativas. O receptáculo (a lacuna), o lugar de *recepção* (do outro, das vozes), da acolhida é a determinação mais proeminente da *khôra*. Ela dá lugar para *todas* as narrativas, ontológicas ou míticas, que podem ser recontadas, ante aquilo que ela recebe ou que ela representa ou se assemelha a “(...) uma história que é relatada e na qual outra história, por sua vez, terá lugar.”.¹⁵⁵ A lacuna presente na identidade do sujeito constitucional pode fazer as vezes (representar) da *khôra*.

Rosenfeld desloca a problemática da identidade do sujeito constitucional para a linguagem, pois ela não pode ser localizada exclusivamente na literalidade de um texto constitucional compartilhado por um povo, nos próprios constituintes ou na comunidade política. A identidade constitucional depende das múltiplas interpretações possíveis do texto constitucional dentro de um *contexto aberto* a transformações, o qual leva em consideração “as restrições

eles do seguinte modo: sobre o que por vezes vemos tornar-se em outra coisa, como o fogo, não podemos dizer que fogo é ‘isto’, mas sim que é ‘aquilo que em determinadas circunstâncias está assim’, nem que água é ‘isto’ mas sim ‘aquilo que está sempre assim’, nem nenhuma outra coisa, como se algum tivesse algo de estável, usando palavras como ‘isto’ ou ‘aquilo’ para dar a conhecer tais realidades, quando cremos estar a esclarecer alguma coisa. É que eles escapam ao ‘isto’, ao ‘aquilo’ e ao ‘para isto’; e não os admitem, nem qualquer outra designação que os apresente como realidades estáveis.” (PLATÃO. *Timeu-Critias*. p. 132-133).

¹⁵⁴ PLATÃO. *Timeu-Critias*. p. 134.

¹⁵⁵ DERRIDA, J. *On the name*. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 117.

normativas e factuais relevantes”.¹⁵⁶ Ou seja, é construída e reconstruída incessantemente por meio de um instrumental discursivo.

Por isso, é importante que não se *personifique* o sujeito constitucional. Não há *um* sujeito constitucional imutável, estabelecido com exclusividade *a priori*, tais como os constituintes ou os intérpretes. *Todos* fazem parte de um conjunto que somente será concebível: “(...) mediante um exercício imaginário que envolve uma extrema compreensão de todas as épocas e uma simultânea apreensão de todas as variáveis interpretativas possíveis, combinadas com a habilidade de destilar, condensar tudo isso em uma narrativa coerente e confiável”.¹⁵⁷

Tal narrativa, para não depender de uma escolha arbitrária, deve ser submetida a uma reconstrução que possui como ideal a sua transformação em narrativa definitiva (estabilização). Contudo, ao mesmo tempo em que a estabilidade é o caminho para que outras narrativas sejam produzidas, ela habilita o uso cíclico do *demos* e sua atualização. Estrutura-se, com isso, um modelo para que *novas formas de vida* possam (re)produzir a gramática normativa, a qual confere unidade à comunidade política.

É improvável a definição de uma identidade constitucional estática, imutável no tempo. Para ilustrar isso, realiza-se um retorno ao “We, the people” (Nós, o povo). Não é claro, a princípio, *quem constitui* o “We the people”, quem é o povo, o que mantém reunida a população heterogênea, bem como qual o fator que preserva o sentimento de pertencimento ao longo de várias gerações. A fonte da identidade constitucional dos Estados Unidos – a proposição de que “todos os homens são iguais” – não está fundada na Constituição, mas na Declaração de Independência.¹⁵⁸

Da soma de “Nós, o povo” com “todos os homens são iguais” uma identidade constitucional predominante é derivada: um grupo de indivíduos que se relacionam como iguais. A Constituição dos EUA de 1787, com seu

¹⁵⁶ ROSENFELD, M. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 40.

¹⁵⁷ ROSENFELD, M. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 41.

¹⁵⁸ ROSENFELD, M. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

reconhecimento implícito da escravidão, poderia apenas se reconciliar com a proposição “todos os homens são iguais” se se referisse apenas aos brancos. Logo, a identidade predominante inscrita no constitucionalismo americano foi apenas parcialmente fornecida pela Constituição de 1787. Isso levou três quartos de século e demandou uma Guerra Civil antes do início da reconciliação da identidade predominante que deveria moldar o *ser* constitucional do povo americano.

A identidade do sujeito constitucional permite a organização política da comunidade, é uma experiência momentânea da temporalidade que se perde no mesmo instante em que ela é *nomeada*, está em tensão constante, é o centro da *representação* do Povo, mas, ao mesmo tempo, a moldura pela qual as imagens representativas podem ser colocadas em disputa. É composta por estruturas cooperativas e competitivas de poder que, ao mesmo tempo, asseguram garantias de direitos e estão abertas para novas configurações, para a promoção de novas autodefinições. Abrange os mitos e narrativas de origem da coletividade, as genealogias que definem historicamente as estruturas dos poderes. Sheldon Wolin explica que tais narrativas são histórias que as coletividades contam sobre si mesmas: “O principal propósito delas é o de determinar certos significados sobre assuntos que são afirmados como fundamentais por pertencer à identidade e ao florescimento de toda sociedade.”¹⁵⁹

As comunidades políticas procuram expressar aquilo que elas *são*, por meio do apelo ou da formulação do passado, com a conexão do passado às estruturas de poder presentes. Isso guarda sua relevância ante a relação que comunidades revolucionárias procuram ter com o passado, a revolução procura *começar a sua* história, a colônia independente da metrópole procura formular seu próprio mito de origem e não continuar a narrativa anterior. Produz-se uma história oficial que inscreva o passado na imagem da coletividade, por isso, pode

¹⁵⁹ “ “Their main purpose is to fix certain meanings about matters that are alleged to be fundamental because they pertain to the identity and flourishing of the whole society.” (WOLIN, S. *The Presence of the Past: essays on the state and the Constitution*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1989. p. 2. Tradução livre).

ocorrer de uma parcela do passado ser iluminada em detrimento de outras, procuram-se sentidos que afirmem o *presente*.¹⁶⁰

Assim, a Constituição – um dos elementos da comunidade política que pretende sintetizar o passado, o presente e o futuro – precisa ser tratada como um evento político e jurídico, democrático e hermenêutico. Como *evento* político, deve-se lembrar que a Constituição *representa* o acordo de líderes, de interesses dominantes, em termos que poderiam ser aceitos, legitimados pela parcela da coletividade que é legitimada politicamente.

Como *evento* hermenêutico, trata-se de um documento cuja forma foi aceita pelos fundadores, ainda que não se tenha qualquer pretensão de um arranjo final sobre o *sentido* dos conteúdos.¹⁶¹ Os fundadores ativam, colocam em movimento um *modelo político* específico, o qual será absorvido por disputas pelo *significado* da Constituição, as quais, em certos casos, irão redefinir as instituições ou manter os mesmos dispositivos anteriores.

Para que o constitucionalismo possa ser aceito de maneira ampla, ele requer a imposição de limites nos poderes do governo, aderência ao Estado de Direito e a proteção de direitos fundamentais; ainda, segundo Rosenfeld, a *realização do espírito* do constitucionalismo geralmente caminha de mãos dadas com a implementação de uma Constituição escrita.¹⁶²

Os papéis que podem ser assumidos pelo constitucionalismo e por constituições na relação da interação entre a *identidade* e a *diversidade* são complexos e multifacetados. Um governo limitado se justifica como mediador do

¹⁶⁰ “The early American Puritans believed that their communities were favored by God and were the beginning of the fulfillment of certain biblical prophecies of a New Jerusalem. The myth thus supplied an ontological basis for the historical experience of the Puritan settlers, grounding it in the sacred truths of Scripture. Collectivity is an entanglement of historical and mythical elements (...)” (WOLIN, S. *The Presence of the Past*. p. 2).

¹⁶¹ WOLIN, S. *The Presence of the Past*. p. 3.

¹⁶² ROSENFELD, M. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. p. 3. Cf. HEGEL, G. W. F. *Elements of the Philosophy of Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Para Jeremy Waldron, uma Constituição escrita deveria *facilitar* as reflexões a respeito dos direitos e não bloqueá-las com fetichismos a respeito do próprio texto ou de sua interpretação, pois, uma vez que o texto passa a ser *venerado*, as palavras parecem tomar uma “vida própria” e abrir espaços para preocupações subliminares que desviam a atenção das questões que efetivamente estão em jogo: “(...) what is important is not just that there should be some form of conscious and explicit reflection on constitutional arrangements, but that this should be the work of *the people whose society is to be governed by these arrangements*.” (WALDRON, J. Constitutionalism: A Skeptical View. In: *NYU School of Law*. Public Law Research Paper N. 10-87, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1722771>>. Acesso em: 01 mar. 2014).

conflito entre a identidade parcial de uma comunidade e o *lapso* que caracteriza a relação entre governantes e governados. A aderência ao Estado de Direito também possui força normativa em um contexto marcado pelo desenvolvimento de vínculos entre identidades parciais e diferenciações parciais.¹⁶³

Se um pacto constitucional for realizado entre grupos políticos diferenciados, há a possibilidade de inclusão daqueles que não fizeram parte do pacto original. Hipoteticamente, pode ser imaginada a reunião de dois Estados que procuram se proteger de um terceiro e, com o fim das ameaças, forma-se um novo Estado a partir da reunião, um novo sujeito constitucional. Internamente vão continuar a persistir diferenças entre os dois Estados “originários”, mas a *resolução* dos conflitos internos produz, de acordo com Rosenfeld, uma nova dinâmica que demanda a reorganização das identidades e das diferenças para que perspectivas e planos futuros possam ser traçados.¹⁶⁴

Bernhard Schlink observa que outro arranjo pode ser estabelecido no que tange à identidade do sujeito constitucional, pois, enquanto nos Estados Unidos a Constituição antecedeu o Estado, na tradição europeia o Estado acaba por anteceder a Constituição.¹⁶⁵ Antes de os alemães possuírem uma Constituição

¹⁶³ “Constitutionalism – i. e., constitutional rule and order as an ideal – requires, in the broadest terms, imposing limitations on the powers of government, adherence to the rule of law, and affording protection to fundamental rights. Once one focuses more concretely on this question, however, vexing issues and controversies appear endless. Indeed, there is no agreement over which limitations on the powers of government are best, or how extensive they ought to be.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 3).

¹⁶⁴ Essa é uma das razões pelas quais Rosenfeld enfatiza que o estabelecimento e a manutenção de uma ordem constitucional viável abrangem uma constante *luta por reconhecimento* daqueles que procuram reivindicar ou reconciliar diferenças e identidades. Cf. ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 9. Como anota Honneth: “(...) if individual autonomy is to emerge and flourish, reciprocal intersubjective recognition is required. We do not acquire autonomy on our own, but only in relation to other people who are willing to appreciate (*wertschätzen*) us, just as we must be able to appreciate them. (...) Autonomy is a relational, intersubjective entity, not a monological achievement. (HONNETH, A. *The I in We: studies in the theory of recognition*. Cambridge; Malden, MA: Polity Press, 2012. p. 41).

¹⁶⁵ “Where had the East German constitutional subject with its constitutional identity disappeared to? Or had it never existed? Had the national, common German identity always been stronger than the constitutional identity of the East Germans? But there was no rush of national sentiment in 1989 and 1990, no sea of national colors as in the soccer world championship in 2006 in Germany, and hardly any nationalist rhetoric. And the constitutional issues mattered: the discussion after reunification as to whether the reunited Germany should get a new constitution was again not just a discussion among politicians and constitutional scholars but took place with a strong input from the general public. Many shared the feeling that, just as it is unwise for a couple that decides to live together to move into his or her place but better to find a new place together, the two Germanies should forge a new constitution together. But finally the reunited Germany didn't find its identity through constitutional discussions, creations, or amendments. And

eles tinham identidades culturais advindas da Bavária ou de Baden, sem que elas formassem uma “nação”. A identidade coletiva daqueles que vivem sob a República Federativa da Alemanha seria derivada do Estado em que eles vivem que foi formado em 1871. Por isso, para Schlink, nos casos em que a nação ou Estado antecede a Constituição, sua identidade acaba por ser moldada por eles.

Para Rosenfeld, os modelos constitucionais francês, alemão e dos Estados Unidos são distintos. No caso francês, o Estado é anterior à nação; no caso alemão, a nação precede o Estado; nos Estados Unidos, a Constituição é anterior à nação e ao Estado.¹⁶⁶ Isso pode ser observado no contexto da produção de identidades constitucionais e diferenças entre a configuração do lugar em que a identidade constitucional é formada, além das diferentes articulações que podem ser estabelecidas entre o povo, o Estado, a nação e a Constituição para a formação do poder público.

Por isso, não haveria contradição entre o caso alemão apresentado por Schlink e o modelo proposto por Rosenfeld.¹⁶⁷ Em muitas ocasiões pode haver a sobreposição entre o povo e a nação, e esta pode fornecer a identidade que irá definir o autogoverno. Em outros casos, nos Estados multinacionais como a Espanha, há divergência entre as nações e o Estado como no caso da Catalunha e do País Basco.¹⁶⁸

it didn't find its identity as a national identity either—at least not right away; Willy Brandt spoke the wise words that, finally, what belongs together grows together. Germany belonged together as a state again, but it had to grow together as a nation. I believe that, in addition to the constitutional and the national identities about which Michel writes so profoundly, there exists an identity as a people of a state, as a *Staatsvolk*. The roof of the Federal Republic, under which the East Germans wanted to move as quickly as possible, was the state. The state had its constitution, of course, but the constitution didn't constitute the state. Rather, the constitution was one of the state's attributes, and not even the most important one.” (SCHLINK, B. The Constitutional Subject and its identity: my German experience. In: *Cardozo Law Review*. v. 33, 2012. p. 1871).

¹⁶⁶ ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 149-163.

¹⁶⁷ Para Rosenfeld, todos os Estados modernos são compostos por uma moldura institucional, uma coletividade que forma um povo e uma comunidade imaginada de interesses que pode levá-los a formar uma nação. “The key to reconciling my assertion that in the German Model the nation precedes the state with Schlink's emphasis on the priority of the state turns on the import from the standpoint of constitutional identity of Schlink's observation that the original German state created in 1871 was ‘smaller than the nation’.” (ROSENFELD, M. The Constitutional Subject, its other, and the perplexing quest for an identity of its own: a reply to my critics. In: *Cardozo Law Review*. v. 33, 2012. p. 1959)

¹⁶⁸ Uma das grandes dificuldades na produção da Constituição espanhola de 1978 ficou centrada na equalização entre a unidade nacional e a autonomia para comunidades étnicas que haviam sido reprimidas durante o regime de Franco. Os constituintes espanhóis encontraram uma solução para apaziguar as

Cada transformação constitucional ou adaptação pode suscitar novos conflitos de diferentes ordens na comunidade política. Demandas por mudanças complementares ou da preservação da identidade anterior podem ocorrer ante a reordenação de identidades em disputa. Por isso, Rosenfeld observa que as constituições estruturam-se ante um paradoxo, pois elas precisam, ao mesmo tempo, ser congruentes com as diferentes identidades que as conformam, e, também, ser afastadas das identidades que as tornam coerentes e funcionais.¹⁶⁹

A identidade constitucional difere da identidade nacional e de outras identidades pré-constitucionais. Assim, o “nós” (o Povo) que atribui para si mesmo uma Constituição e concorda em se tornar “delimitado” por suas regras, precisa aceitar que novas identidades irão surgir e, ocasionalmente, elas irão contrariar os acordos que conformaram a própria comunidade política.¹⁷⁰

As Constituições são pensadas, dessa forma, como cartas de direitos que o Povo confere para si próprio. A Constituição fornece a estrutura a partir da qual poderão ser reunidas as diferentes representações que a comunidade possui de si própria para buscar uma coerência em sua narrativa, para entrelaçar os discursos que irão compor a “comunidade imaginada”. Por isso, o constitucionalismo demanda a possibilidade de manifestações de pluralidade, uma comunidade política que fosse integralmente homogênea dispensaria uma Constituição. As democracias são permeadas por identidades múltiplas que se

disputas sobre a determinação da identidade nacional ao auferir poderes regionais de autogoverno para as “comunidades autônomas”. Como observa Rosenfeld: “The practical consequences of this nation-wide division into autonomous communities are, on the one hand, a diffusion of the focus from two most problematic ethnic groups from the standpoint of preservation of national unity, namely the Basques and the Catalans. (...) the 1978 Spanish Constitution creates a *de facto* type of asymmetrical federalism where all regions are offered significant local autonomy, but only some want to, can, and do take advantage of it.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 169).

¹⁶⁹ ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 10.

¹⁷⁰ “For Rosenfeld, this paradox is neither paralyzing nor insoluble; rather, it is the site of creative theoretical articulation and imaginative institutional construction. This is because all identity, including constitutional identity, is not ‘sameness,’ but rather a process of selfhood-formation. Just as the self is an ‘I’ because it can build a narrative as well as practical identity that enables it to act as an agent in the world by differentiating itself from others around it, collectivities too, such as ‘we, the people,’ form an identity across time by differentiating themselves from others. National and constitutional identities develop through complex processes of negotiation between self and other, sameness and difference, and move across illusions of homogeneity and the recalcitrance of heterogeneity.” (BENHABIB, S. On Michel Rosenfeld’s *The Identity of the Constitutional Subject*. In: *Cardozo Law Review*. v. 33, 2012. p. 1889)

apresentam de maneira dinâmica e compõem uma multiplicidade de “sujeitos”, marcados pela inclusão e pela exclusão.

O sujeito constitucional, explica Rosenfeld, precisa ser, ao mesmo tempo, singular e plural e isso não conduz a uma contradição, eis que a singularidade e a pluralidade são relacionais, estão em uma tensão dinâmica.¹⁷¹ Além disso, a analogia da produção da Constituição com um contrato deve ser observada como limitada, pois, enquanto em um contrato a ênfase é colocada sobre o acordo entre as partes envolvidas, uma das principais características das constituintes é que elas são pautadas pelo *dissenso*, negociações, e grupos que não participam da ratificação acabam vinculados pela Carta de Direitos.

Isso pode ser observado perante a questão intergeracional, fator que obriga a Constituição a ser justificada tanto nos termos de um acordo contemporâneo como de um apelo (contrafático) à razão. Apenas o mito ou o recurso ao contratualismo isolados são insuficientes para produzir a legitimação de uma Constituição *viva*.¹⁷²

O sujeito constitucional abrange, desse modo, a produção da Constituição ou o poder constituinte; a coletividade que é vinculada, delimitada pela Constituição; e a interpretação constitucional, pois aquele *fornece sentido* para a Constituição é, ao mesmo tempo, constituído pelo conjunto de sentidos anteriores, por isso a identidade constitucional: “(...) também é elaborada através de um processo complexo e dinâmico que visa integrar sucessivas instâncias de

¹⁷¹ ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 23.

¹⁷² ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 25. Bernhard Schlink entende que a *cultura constitucional* de um país ganha vida por meio de sua Constituição e que esta funciona como espelho dos valores compartilhados na sociedade, ou seja, a cultura constitucional será livre, democrática ou autoritária de acordo com os bens jurídicos que determinada comunidade resguarda em sua Constituição, mas a Constituição não se limita a um reservatório de papéis antigos que ninguém vasculha. “Where a constitutional culture does not exist, a constitution that functions as the basis and standard for state and political life is also lacking.” (SCHLINK, B. German Constitutional Culture in Transition. In: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994. p. 197). É um repositório que precisa ganhar vida, ser compartilhado, sob pena de se limitar a uma forma estética morta, não visitada, e legar um hiato entre o ser e o dever-ser.

negação e identificação em narrativas coerentes e mutuamente consistentes de igualdade e individualidade.”.¹⁷³

O sujeito constitucional autolimita sua própria soberania ao se vincular desde sua fundação a procedimentos e condições que podem ser alvo de futuras demandas por alteração. Enquanto o paradoxo do “pré-compromisso” não pode ser completamente resolvido, seu impacto pode ser mitigado pela renegociação dos compromissos originários. As emendas constitucionais são um exemplo de que o paradoxo pode ser negociado.

A relação entre *si mesmo* e *identidade* do sujeito constitucional pode ser observada no contraste entre a emenda à Constituição e a produção de uma nova Constituição. Como regra, as emendas constitucionais não são capazes de modificar o núcleo da identidade constitucional,¹⁷⁴ não modificam a unidade da comunidade política de maneira drástica. A produção constitucional, por outro lado, geralmente está atrelada à produção de uma *nova* identidade e uma *nova* unidade e à negação de identidades anteriores.¹⁷⁵

No plano formal a distinção entre emendas e a produção da Constituição pode ser diagnosticada de maneira pacífica, pois refere-se apenas à estrutura sistêmica do ordenamento. No plano material da Constituição tal diagnóstico não é estável, se a Constituição for observada como uma estrutura *viva* ou em *desenvolvimento*, que não está limitada (apenas) ao texto, mas é composta pela articulação de distintas interpretações e práticas. As fronteiras, as margens entre as emendas e o poder constituinte podem ser tênues e, tal como uma névoa, ao

¹⁷³ “(...) is also elaborated through a complex dynamic process aimed at integrating successive instances of negation and identification into coherent and mutually consistent narratives of sameness and selfhood.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 29. Tradução livre).

¹⁷⁴ Uma exceção para esta regra está no caso da Hungria que na década de 1990 usou o processo de emendas para criar uma *nova* identidade constitucional, saindo de um regime socialista e passando a proteger a propriedade privada e a economia de mercado.

¹⁷⁵ “(...) constitution-making requires a break with the past, thus setting the future polity against the past polity, shattering the temporal unity of the whole. Perhaps even more importantly, constitution-making as an act of negation also requires a break with the polity’s prevailing conceptions of collective identity. In other words, it is not enough to overthrow the *ancient régime*, it is also necessary to differentiate the constitutional ‘we’ from the preconstitutional and extraconstitutional ‘we’.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 203).

mesmo tempo em que não fornecem visibilidade, podem ser transpostas com facilidade.¹⁷⁶

Ao ser elaborada a questão que envolve o problema da clausura democrática, pode-se observar que todas as democracias pressupõem alguma forma de pertencimento e exclusão. A decisão de quem possui “voz política” e aqueles que não podem se manifestar é assumida pelos membros que anteriormente pertencem à comunidade política. Eles decidem quem está dentro e fora da comunidade, e isso aponta para a percepção que as *margens* do *demos* estão sujeitas a contingências e domínios políticos.¹⁷⁷

Perante tal diagnóstico, Seyla Benhabib apresenta seu conceito de “iterações democráticas”, em que procura investigar os complexos processos de argumentação pública, deliberação e intercâmbios por meio dos quais demandas universalistas por direitos são contestadas e contextualizadas, mediadas por instituições políticas e pela sociedade civil. Assim, tais processos são percebidos como *iterações*, em que sua reprodução nunca é uma simples cópia do original, do *sentido* original, mas a repetição de sua forma variada. Cada iteração transforma o *sentido*, acrescenta, enriquece, suplementa o ato que não se limita a ser uma repetição.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Rosenfeld afirma que as identidades constitucionais podem se desenvolver depois de sua formação original. As Constituições podem ser emendadas, revisadas ou reformadas. Em sentido formal, as emendas envolvem correções ou aprimoramentos, enquanto “revisões” ou “reformas” aproximam-se a redefinições mais profundas da ordem constitucional que podem levar à redefinição da identidade do sujeito constitucional. ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 209. Sobre o tema ver: DIXON, R. Amending Constitutional Identity. In: *Cardozo Law Review*. v. 33, 2012. p. 1847-1858.

¹⁷⁷ “More generally, democracy as government of the people, by the people, for the people, results in unavoidable gaps and lacks, and gives rise to a series of vexing paradoxes. Who exactly are the relevant people (as distinguished from the nation or those who happen to live on the polity's territory)? When is consent, majority rule, or some antimajoritarian norm or process necessary or sufficient for government to be of or by the people? Finally, what ought to count for purposes of satisfying the requirement that democracy be for the people given that in a constitutional democracy some, many, and even in some cases, most (e.g., a highly unpopular constitutional judicial decision) of the people are likely to be dissatisfied with governmentally generated or shepherded outputs?” (ROSENFELD, M. *The Constitutional Subject*, its other, and the perplexing quest for an identity of its own. p. 1948).

¹⁷⁸ BENHABIB, S. On Michel Rosenfeld's *The Identity of the Constitutional Subject*. p. 1899. Rosenfeld explica que: “I agree with Benhabib that ‘democratic iterations’ can play a key positive role in handling not only the two paradoxes of democracy on which she focuses, but also all the others to which I have above briefly alluded. In other words, the best we can hope for in tackling the various paradoxes of democracy is to combine collective deliberation and collective imagination, and to periodically punctuate the latter in some meaningful sense with actual expressions of acquiescence or endorsement through elections, referenda, or other equivalent broadly participatory events.” (ROSENFELD, M. *The Constitutional*

A expressão da clivagem entre identidade e diferença geralmente aparece com a definição do espaço legislativo ancorado na política, divisado do espaço da adjudicação, o qual, por sua vez, apresenta-se como imune a interferências de sistemas externos, como os *ruídos* produzidos pela política. A proteção de direitos fundamentais também pressupõe uma tensão entre a identidade e a diferença, pois, como observa Rosenfeld, sem o atrito produzido por indivíduos em sua relação com o governo, não seriam necessárias as proteções contra intrusões deste no espaço dos direitos fundamentais.¹⁷⁹

Outra característica importante do constitucionalismo é a ideia de igualdade, que surgiu como contraponto ao absolutismo e ao autoritarismo. De fato, o próprio constitucionalismo nasce como uma oposição aos privilégios decorrentes do *status* social e do nascimento, característicos da ordem feudal. Não apenas o constitucionalismo moderno é inimaginável sem a igualdade,¹⁸⁰ como também é difícil produzir uma identidade constitucional – que não é o espelho da identidade nacional – e um sujeito constitucional sem a referência ao conceito de igualdade tanto no sentido formal como substantivo.

A identidade constitucional pode tomar diferentes formas, evoluir ao longo do tempo, pois está imersa em um processo contínuo de mudanças substantivas. A identidade constitucional pode ser reforçada pelo uso de limites que permitam divisões transponíveis entre as áreas fundamentais que fornecem o cerne da identidade compartilhada pela comunidade. Por exemplo, as limitações governamentais podem ser consideradas aspectos essenciais de um Estado e elevados à condição privilegiada de norma constitucional.

O sujeito constitucional apresenta-se, por isso, como uma composição incompleta, suscetível para futuras definições e redefinições, disputas, diferenças e embates democráticos. Essa marca pode ser observada na fronteira artificial que “Nós o Povo” traça entre constituintes e constituídos, governantes e governados, a unidade da multiplicidade. Para Rosenfeld, ao

Subject, its other, and the perplexing quest for an identity of its own. p. 1949)

¹⁷⁹ ROSENFELD, M. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. p. 5.

¹⁸⁰ ROSENFELD, M. The Constitutional Subject, its other, and the perplexing quest for an identity of its own. p. 1942.

invés de expor uma unidade genuína, o “Nós o Povo” incorpora uma ríspida contradição, a tensão entre o “nós”, que se limitava a um número pequeno da população e a premissa de que “todos os homens são criados iguais”.¹⁸¹

Tal contradição impossibilitou que fosse criada uma identidade constitucional que abrangesse tanto os *criadores*, os membros da assembleia constituinte e os seus *súditos*, seus sujeitos, aqueles que se *sujeitaram* às determinações normativas estabelecidas na Constituição.¹⁸²

Podem existir divisões horizontais, como a separação de poderes, a qual procura garantir poderes balanceados entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, e divisões verticais, como o federalismo, que distribui poderes entre a União e os entes da federação. O federalismo é uma forma de promover a identidade nacional conferida pela União em diálogo com as identidades locais dos estados, é uma forma de mediação entre a identidade e a pluralidade.

O modelo francês, em contraste, promove a supremacia do poder legislativo, ao consagrar a noção de que valores democráticos são preservados de maneira mais adequada por meio de um poder estatal não dividido. De acordo com Rosenfeld, essa visão é derivada da perspectiva francesa que acredita no governo democrático por meio de valores universais e racionais, guiados pela concepção de Rousseau da vontade geral.¹⁸³

¹⁸¹ ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 34-35.

¹⁸² No caso dos Estados Unidos, o “Nós o Povo” só é possível pois, *o Povo*, como tal, ainda não existia formalmente. Por isso, é possível compreender a ênfase na Constituição como documento “anterior” que organiza o próprio Povo, composto por ondas de imigrantes, que forma um “país de imigrantes”. O Brasil, apesar de também ser um “país de imigrantes”, não observa a Constituição como um documento histórico que organiza a vida da comunidade política. Tem-se a história de um Estado centralizador com um federalismo enfraquecido, episódios de nacionalismo em sua faceta autoritária e uma tradição constitucionalista que enfrenta – ainda que em tempos “democráticos” – constantes ameaças. Ao contrário da França que se projeta como uma República e procura compensar eventuais gigantismos do Estado com a ênfase na cidadania, aquilo que se observa no Brasil é um centralismo estatal e uma busca pela identificação mediante uma representação “cultural” do país.

¹⁸³ ROSENFELD, M. *Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity*. p. 11. “(...) France’s fifteen constitutions certainly have distinct identities from a formal standpoint. From a material perspective, however, there are very significant similarities and continuities that cut across the various succeeding constitutions. Thus, for example, France’s current 1958 Constitution incorporates part of its immediate predecessor, the 1946 Constitution, and has been interpreted as incorporating the 1789 Declaration of the Rights of Man and the Citizen.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 32).

As mudanças no panorama constitucional sugerem a existência de um processo dialético entre as identidades constitucionais, os mecanismos estruturais da Constituição e os diferentes estágios de desenvolvimento social e político. Mudanças significativas que venham a ocorrer no âmbito sociopolítico podem demandar o reajuste estrutural dos dispositivos constitucionais existentes, assim como adaptações, transformações ou o remodelamento de identidades constitucionais relevantes. Segundo Rosenfeld: “O constitucionalismo se engaja em uma interação complexa entre a identidade e a diversidade em níveis tão diferentes que parece ser fútil procurar por qualquer identidade particular ou diferença como sendo indispensável para um projeto constitucional legítimo.”¹⁸⁴

A produção da Constituição demanda o debate sobre as questões da identidade das forças políticas relevantes e das entidades que se relacionam com a definição e legitimação do sujeito constitucional. Perante a abertura do texto constitucional para diferentes significações, as Constituições recebem distintas interpretações, as quais podem encontrar respaldo nos conteúdos constitucionais e serem consideradas defensáveis mesmo que opostas.

Por isso, afirma Rosenfeld, a identidade constitucional surge como fenômeno complexo, fragmentado e parcial. Possui um pano de fundo histórico anterior que é importante, mas está aberta para novas produções de conteúdos, sobretudo no contexto de uma *Constituição viva* que, ao mesmo tempo, não esquece a importância dos mortos, “(...) a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão”.¹⁸⁵

O conceito de *sujeito* permite a definição de uma estrutura em que passado, presente e futuro podem ser projetados, representados. É nessa estrutura que os questionamentos e paradoxos intergeracionais podem ser experimentados mediante interrogações como: por que motivo as gerações passadas podem agrilhoar as gerações presentes? A maneira pela qual

¹⁸⁴ “Constitutionalism engages a complex interplay between identity and diversity at so many different levels that it seems altogether futile to search for any particular identity or difference as being indispensable to a legitimate constitutional scheme.” (ROSENFELD, M. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. p. 13).

¹⁸⁵ ROSENFELD, M. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 23.

Rosenfeld responde a tais temas se dá por adaptações de fundamentos da psicanálise para compreender os processos de formação do *sujeito*.

Os sujeitos interagem com outros sujeitos e objetos. O sujeito não se sacia em sua relação com objetos, a apropriação de objetos é insuficiente para que o sujeito produza sua própria identidade. Por isso, ele procura realizar tal preenchimento por meio da intersubjetividade, pelo reconhecimento de outros sujeitos.¹⁸⁶ A transferência entre outros sujeitos não leva ao reconhecimento recíproco de maneira automática; enquanto o indivíduo busca o reconhecimento de outros sujeitos, teme que isso aconteça apenas por motivos relacionados à dominação, por isso, o reconhecimento mútuo demanda *voltas*, inversões para que venha a ser estabelecido.

O caráter pluralista do sujeito constitucional requer que um grupo que constitui uma identidade reconheça outros grupos como outras formas legítimas de organização, ainda que isso não garanta, necessariamente, o acesso à definição do sujeito constitucional. Os outros grupos podem ser observados nas forças políticas do passado, que não fazem mais parte da comunidade política ou que foram negadas, submetidas a uma ruptura ou uma revolução. Porém, também estão presentes nas futuras gerações, que, eventualmente, demandarão a alteração das estruturas organizacionais da comunidade política.

Cada nova geração corre o risco de ser aprisionada pela herança constitucional de gerações anteriores. Assim, é importante que os membros da constituinte produzam uma identidade que possa ser projetada para além de seu próprio reflexo, que esteja aberta para o futuro, que possa aprender com erros e ser alterada em momentos históricos específicos. Estes demandam a

¹⁸⁶ Para Honneth: “(...) se os sujeitos precisam abandonar e superar as relações éticas nas quais eles se encontram originariamente, visto que não veem plenamente reconhecida sua identidade particular, então a luta que procede daí não pode ser um confronto pela pura autoconservação de seu ser físico; antes, o conflito prático que acende entre os sujeitos é por origem um acontecimento ético, na medida em que objetiva o reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana.” (HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 48). Habermas, por sua vez, afirma que: “A constitution can be thought of as a historical project that each generation of citizens continues to pursue. In the democratic constitutional state the exercise of political power is coded in a dual manner: the institutionalized handling of problems and the procedurally regulated mediation of interests must be understandable simultaneously as actualizing a system of rights.” (HABERMAS, J. *The inclusion of the other*: studies in political theory. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 203).

convergência entre os apelos populares e suas mediações representativas políticas, além do devido respeito a minorias que discordem das novas definições estruturais, para que sejam tratados como *constituintes* na narrativa do discurso constitucional.

Decisões judiciais também possuem o condão de impactar na determinação da identidade do sujeito constitucional, por isso elas precisam ser adequadamente justificadas. Ao introduzir novos elementos na estrutura política da sociedade, as decisões judiciais precisam explicitar suas razões e a relação destas com a gramática institucional estabelecida até então. A tarefa da *reconstrução* é a de procurar harmonizar os novos elementos acrescentados na tessitura constitucional com aqueles que já se encontravam estabelecidos, “(...) romper e recombina todos os elementos envolvidos em um quadro inteligível e cogente”.¹⁸⁷ Mediante a reconstrução, é possível avaliar o grau de legitimação do ordenamento jurídico perante a comunidade política.

Rosenfeld defende que o discurso constitucional precisa articular tanto uma identidade própria como uma narrativa contrafática,¹⁸⁸ de modo que se possa levar em conta tanto o texto constitucional como as limitações normativas derivadas do constitucionalismo. Por isso, ele apresenta as ferramentas construtivas do discurso constitucional: negação, metáfora e metonímia. Pela interação de tais instrumentais o discurso constitucional adquire um de seus possíveis *sentidos*.

A *negação* envolve diferentes processos que tangenciam o *negativo*, como a rejeição, a repressão, a exclusão, funções que podem ser entrelaçadas de muitos modos e projetar diversas mediações para a realidade. Em um primeiro momento o sujeito constitucional refuta o sujeito “pré-constitucional”, pelo movimento que repudia o passado e se afirma como *novo, único, especial*. Contudo, o processo de afirmação de uma identidade constitucional, o segundo momento, é acompanhado pelo repúdio de outras identidades, não reconhecidas, excluídas, marginalizadas. A afirmação é acompanhada da

¹⁸⁷ “(...) to break up and recombine all the elements involved into a intelligible and cogent picture.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 44. Tradução livre).

¹⁸⁸ ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 45.

estabilização, da constituição de um aparato institucional; invocam-se tradições que possam servir aos interesses do constitucionalismo ou da identidade predominante.¹⁸⁹

Trata-se de um movimento duplo: em um primeiro momento realiza-se uma abertura, pluralista, para distintas concepções normativas, porém, este movimento é seguido por um fechamento, em que outras concepções normativas são negadas, pois não podem fazer parte da estrutura constitucional discursos intolerantes ou que afirmem possuírem o monopólio da verdade. Uma narrativa que trata das origens é um elemento fundamental para uma identidade constitucional viável, logo, as origens dependem da *negação*.¹⁹⁰ Contudo, apenas a negação não é suficiente para criar uma imagem própria do sujeito constitucional.

A culminação da evolução dialética do sujeito constitucional estabelece-se na *negação da negação*, momento em que ele percebe que, mesmo composto por um conjunto de materiais relativamente crus, primários, estes podem ser organizados em um *todo* coerente que é derivado de suas *elaborações*, de seus esforços para traçar sua própria identidade.¹⁹¹

De fato, essa tende a ser apresentada na forma escrita. Produz-se uma Constituição escrita com elementos distintos, como o resultado de acordos políticos contingentes de um determinado momento histórico. Porém, soluções textuais são limitadas, insuficientes, pois, por exemplo, uma Constituição pode,

¹⁸⁹ “Consistent with Hegelian logic, the dialectical transition from one stage to the next involves Hegelian loci, the dialectical transition from one stage to the next involves a process of ‘*Aufhebung*’ or sublation, whereby what emerges in the first stage is at once preserved and transcended within the perspective of the second stage.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 47). Como explica Chueiri: “Contradiction is at the basis of Hegel’s assertion. For him, everything that can be asserted, it just ‘is’ because further it ‘is not’ anymore, or rather it just is because it implies what is not. This is the most elementary inference we take from Hegel’s logic, that is, we are bound by a totality, not a simplistic and ‘totalitarian’ totality, but a complex and contradictory totality. Contradiction is at the basis of Hegel’s philosophical system whose dialectical movement has shown its commitment to what is both indispensable and incoherent: concepts of reality are in conflict with their own criterial properties.” (CHUEIRI, V. K. *Before the law*. p. 19).

¹⁹⁰ No caso da França, ela refutou a monarquia absolutista; no caso dos Estados Unidos, foi combatida a colonização. ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 177.

¹⁹¹ ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 49.

textualmente, comportar conceitos antitéticos, como a escravidão e a igualdade, ainda que isso conflite frontalmente com o próprio constitucionalismo.¹⁹²

A segunda ferramenta que Rosenfeld apresenta é a *metáfora*, ela cumpre o papel de mediadora entre a identidade e a diferença: trata-se de uma *condensação*, em que semelhanças são reunidas para afirmar a identidade. A metáfora é o *canal de expressão* das diferentes partes que compõem o sujeito constitucional, é o espaço em que a produção de sentido é realizada, junto com a *metonímia*, com o contexto.

No plano dos discursos constitucionais, a metáfora não apenas fornece voz para discordâncias, como também contribui na definição das “referências cardeais” da ordem constitucional. Por isso, as estruturas constitucionais fundamentais dependem de processos metafóricos. Logo, a máxima expressa

¹⁹² No caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que um homem negro cujos ancestrais foram levados ao país e vendidos como escravos não poderia ser reconhecido como um “cidadão” nos termos da Constituição. Dred Scott era um escravo que havia sido levado do Missouri para estados sem escravidão (Illinois e Wisconsin) e, por essa razão, demandou que fosse reconhecido como uma pessoa livre. A Suprema Corte negou o pedido em uma decisão que contou a maioria de 7 votos. Essa foi a segunda vez que a Suprema Corte dos EUA declarou uma legislação federal inconstitucional. A conclusão da Corte de que o “Missouri Compromise” (um acordo entre Estados escravagistas e abolicionistas) excedia os poderes do Congresso foi recebido com perplexidade ante o julgamento anterior em que afirmava não possuir jurisdição sobre o caso. De acordo com o Justice Taney: “The general words above quoted would seem to embrace the whole human family, and if they were used in a similar instrument at this day would be so understood. But it is too clear for dispute that the enslaved African race were not intended to be included, and formed no part of the people who framed and adopted this declaration, for if the language, as understood in that day, would embrace them, the conduct of the distinguished men who framed the Declaration of Independence would have been utterly and flagrantly inconsistent with the principles they asserted, and instead of the sympathy of mankind to which they so confidently appealed, they would have deserved and received universal rebuke and reprobation. *Yet the men who framed this declaration were great men – high in literary acquirements, high in their sense of honor, and incapable of asserting principles inconsistent with those on which they were acting. They perfectly understood the meaning of the language they used, and how it would be understood by others, and they knew that it would not in any part of the civilized world be supposed to embrace the negro race, which, by common consent, had been excluded from civilized Governments and the family of nations, and doomed to slavery. They spoke and acted according to the then established doctrines and principles, and in the ordinary language of the day, and no one misunderstood them.* The unhappy black race were separated from the white by indelible marks, and laws long before established, and were never thought of or spoken of except as property, and when the claims of the owner or the profit of the trader were supposed to need protection. *This state of public opinion had undergone no change when the Constitution was adopted, as is equally evident from its provisions and language.*” (grifos nossos) Para Rosenfeld: “The Court held that the federal statute providing for emancipation was indeed unconstitutional as violate the legitimate property rights of the (former) slave owner, a decision that would have been patently incoherent but for the negation of gull membership into the human race for African Americans. (...) if the Supreme Court had decided for Dred Scott, it would have officially acknowledged a glaring contradiction between the Constitution and constitutionalism, but it did so at the high price of accelerating the country’s plunge into bloody civil war.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 50-51).

na Constituição Federal de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei (...)”, não deve ser lida como a afirmação de que todos são iguais no plano fático, mas como uma proposição contrafática de que todos são *iguais* como *agentes morais*.¹⁹³

A *metonímia*, por sua vez, procura enfatizar a margens de um contexto, enquanto a *metáfora* se projeta como universalizável. A metonímia releva o *deslocamento*, a parte do *todo*, a borda, a tangente.¹⁹⁴ Em termos temporais, a metáfora privilegia as sincronias enquanto a metonímia destaca as diacronias. O desafio da metonímia se projeta em uma impossibilidade, na contextualização completa das temporalidades, na síntese entre passado, presente e futuro. A contribuição da metonímia está, nos termo de Rosenfeld, na “delimitação dos direitos constitucionais”,¹⁹⁵ como espelho de sua *implementação*.

A tarefa da identidade constitucional não pode ser reduzida a uma relação pautada em similitudes, ela precisa preencher a lacuna entre o *si mesmo* e o *outro*, incorporar *diferenças* por meio da contextualização. Ao mesmo tempo em que o Estado possui o dever de não promover uma religião específica, deve preservar a liberdade religiosa e, a princípio, não pode inibir manifestações por

¹⁹³ Rosenfeld usou o caso *Plessy v. Ferguson* (1896) para ilustrar a metáfora como ferramenta. A noção de que a Constituição não observa cores, é *colorblind*, foi retirada da dissidência do Justice Harlan que afirmou em seu voto: “The white race deems itself to be the dominant race in this country. And so it is, in prestige, in achievements, in education, in wealth, and in power. So, I doubt not, it will continue to be for all time, if it remains true to its great heritage, and holds fast to the principles of constitutional liberty. But in view of the constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. *There is no caste here. Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law.*” (grifos nossos). O caso tratava da constitucionalidade de uma lei do Estado da Louisiana datada de 1890 que dispunha diferentes vagões de trens para brancos e negros. A partir de *Plessy* foi criada a doutrina “iguais mas separados”, termo presente na lei da Louisiana que tratava das acomodações dos trens. Afirmava-se, com isso, a adequação da noção *formal* de igualdade com a cláusula de Igual Proteção. “Metaphor also figures in the famous American dictum that ‘the Constitution is colorblind.’ (...) This metaphor, moreover, legitimates constitutional doctrine that prohibits legal classifications based on race, and promotes a constitutional identity that rises above the divisiveness of racial politics.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 53).

¹⁹⁴ “Metonymy – the rhetorical term for using a part of a whole to stand for the whole – is Rosenfeld’s adaptation of the Freudian idea of displacement, where psychic energy is redirected from one target, which the subject fears would be dangerous to attack directly, to another, more accessible one.” (TUSHNET, M. How do constitutions constitute constitutional identity? In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 8 n. 3, 2010. p. 674).

¹⁹⁵ ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 55.

parte das pessoas que decidiram por determinada prática espiritual.¹⁹⁶ Rosenfeld anota que essa clivagem acaba por esconder uma identidade constitucional derivada de práticas institucionais, há uma identidade constitucional que *não é neutra* em questões relacionadas à fé a favor de perspectivas teístas que desconsideram perspectivas agnósticas ou ateístas.¹⁹⁷

A partir disso, pode-se ver como a análise de Rosenfeld procura, em termos gerais, utilizar os instrumentais ofertados pela negação, pela metáfora e pela metonímia de modo descritivo. Destaca as estratégias presentes nos discursos constitucionais e como a identidade constitucional é estabelecida e reformada, sem que, em um primeiro momento, afirme qual *deva ser a*

¹⁹⁶ “A metonímia permite-nos constatar que uma ordem constitucional não consegue ser neutra, por exemplo, em face da diversidade de posturas religiosas. O simples fato de o preâmbulo de nossa Carta mencionar a expressão ‘sob a proteção de Deus’ é indicativo de que a maioria da Assembléia Constituinte de 1988 professava a fé e uma fé num Deus único. Ateus e agnósticos, bem como crentes em uma religião com multiplicidade de divindades foram certamente esquecidos ali. (...) Tudo leva a crer que o Brasil endossa um tipo específico de religião (cristã) em detrimento das demais (*mainstream religion*).” (CRUZ, A. R. S. *Direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social das mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 24).

¹⁹⁷ O caso *Lynch v. Donnelly* (1984) ilustra a metonímia para Rosenfeld. Todos os anos a cidade de Pawtucket no Estado de Rhode Island dispunha um presépio em uma praça, com a ajuda dos comerciantes locais, em observância do feriado natalino. O litígio tratou da “Cláusula de Estabelecimento” presente na 1ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion (...)”, que procura inibir a adoção de uma religião oficial por parte do Estado bem como a disposição de preferências que beneficiem uma religião em detrimento de outras. A Suprema Corte entendeu que o presépio além de não privilegiar nenhuma religião em específico, era estabelecido com propósitos “seculares”. O Justice Burger afirmou que: “The display is sponsored by the City to celebrate the Holiday and to depict the origins of that Holiday. These are legitimate secular purposes. The District Court’s inference, drawn from the religious nature of the crèche, that the City has no secular purpose was, on this record, clearly erroneous. (...) display of the crèche is no more an advancement or endorsement of religion than the Congressional and Executive recognition of the origins of the Holiday itself as ‘Christ’s Mass,’ or the exhibition of literally hundreds of religious paintings in governmentally supported museums.”. A Justice O’Connor, concordando, afirmou que: “Applying that formulation to this case, I would find that Pawtucket did not intend to convey any message of endorsement of Christianity or disapproval of non-Christian religions. The evident purpose of including the crèche in the larger display was not promotion of the religious content of the crèche but celebration of the public holiday through its traditional symbols. Celebration of public holidays, which have cultural significance even if they also have religious aspects, is a legitimate secular purpose.”. O Justice Brennan, opondo-se entendeu que: “Even in the context of Pawtucket’s seasonal celebration, the crèche retains a specifically Christian religious meaning. (...) But for those who do not share these beliefs, the symbolic re-enactment of the birth of a divine being who has been miraculously incarnated as a man stands as a dramatic reminder of their differences with Christian faith.”. Rosenfeld anota que: “Accordingly, both the holding in *Lynch* and the American constitutional approach to the relation between state and religion can be metonymically portrayed as carving a nonreligious motivated, and predominantly neutral, middle course between ardent secularists and profoundly committed adherents to religion. At bottom, however, *Lynch* promotes a particular brand of religion which is neither neutral, nor heterogeneous.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 58).

identidade adequada, quais valores deveriam ser adotados para a construção da identidade do sujeito constitucional.

Porém, o uso de tais ferramentas também confere espaço para observações normativas e, como anota Tushnet, tais instrumentos teóricos contribuem para a compreensão de um amplo espectro de controvérsias constitucionais como, por exemplo, a determinação do nível de abstração (ou generalidade) dos problemas endereçados para as Cortes.¹⁹⁸

Em que nível de generalidade os tribunais deveriam produzir suas decisões?¹⁹⁹ A teoria de Rosenfeld possibilita que indagações como esta possam ser conectadas com aspectos mais profundos do constitucionalismo, ante a necessidade do entrelaçamento da identidade do sujeito constitucional com os valores de democracias pluralistas.

As ferramentas apresentadas por Rosenfeld são como blocos de uma construção discursiva na tarefa contínua de redefinição da identidade do sujeito constitucional. A metáfora e a metonímia são cruzadas permanentemente em uma contínua dialética e, no nível mais elevado de abstração, esta dialética se coloca ante o desafio de projetar, de *representar a mesma* identidade constitucional para diferentes gerações, enquanto, no plano concreto, tal dialética procura equilibrar as tensões entre a identidade a diferença.²⁰⁰

Trata-se de uma continuidade *institucional* projetada pelo sujeito constitucional, a continuidade da ideia – fundamental para as instituições – cuja base prossegue ao ser reapresentada em diferentes cenários, que viceja na expansão temporal iniciada em sua origem, sua assinatura, sua autocriação,

¹⁹⁸ TUSHNET, M. How do constitutions constitute constitutional identity? p. 675.

¹⁹⁹ “How should the Court go about reading the Constitution to determine if an asserted right is fundamental? (...) The question then becomes one of characterization: *at what level of generality should the right previously protected, and the right currently claimed, be described?* The more abstractly one states the already-protected right, the more likely it is that the claimed right will be protected under its rubric. (...) It might seem obvious that the selection of a level of generality will necessarily involve value choices.” (TRIBE, L.; DORF M. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 73). Sobre a questão ver: PEREIRA, A. L. P. *A atividade política da jurisdição constitucional brasileira*. Curitiba, 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

²⁰⁰ ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 61. Seria contraditório procurar fugir da herança hegeliana, que é assumida por Rosenfeld, na interpretação do sentido da dialética que o autor utiliza na definição de sua teoria.

singrando por diferentes gerações. A identidade constitucional é um discurso ininterrupto, não é uma entidade *personificada*, é uma trama complexa que ao mesmo tempo em que se desenlaça, tece novas identificações, compreensões, permite que as contradições presentes possam ser coligadas em sínteses, em compreensões que se projetam em uma orientação prospectiva.²⁰¹

A noção de identidade constitucional pode denotar a formação da comunidade e sua unidade. A caracterização da identidade constitucional apresentada por Rosenfeld como uma *lacuna* procura dissipar a possibilidade de as tensões entre o universal, o singular e o plural serem superadas de maneira definitiva.²⁰²

O recorte ético proposto por Rosenfeld lembra a possibilidade do desenvolvimento de uma genuína preocupação com o *outro* dentro de estruturas imperfeitas da política e do direito. Se for lembrado que a preocupação ética é aquilo que move as pessoas para a *vida em comum*, o sujeito constitucional pode ser o conceito que medeia as tensões entre identidade e diferença, entre as redefinições propostas por aqueles que são colocados à margem da comunidade, que colocam em disputa os *sentidos* da Constituição.²⁰³

²⁰¹ Como observa Palombella: “Thus, the vantage point of a closer look does not bring about the debasing of the ‘general’ notion but, instead, takes a further step toward the latter’s ‘dialectical’ reframing, the overcoming of abstraction, the recognition of its conflicting or concurring components, and the pursuit of concrete determinants. This paves the way for its translation into a vital and identifiable identity, whose ‘sameness’ is explored as both an historical and an institutional confrontation of meanings, social factors, normative oppositions.” (PALOMBELLA, G. Structures and process in the constitutional self: coping with the future? In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 8 n. 3, 2010. p. 657).

²⁰² “The constitutional subject is never fixed or stable and its identity appears tied to a seemingly perpetual sense of lack.” (ROSENFELD, M. The Constitutional Subject, its other, and the perplexing quest for an identity of its own. p. 1968).

²⁰³ Simon Critchley observa que aquilo que falta nos trabalhos de Derrida e Levinas é uma teoria que explique a passagem da noção de *cuidado* para a de *justiça*. Uma passagem entre a assimetria ética para uma teoria da justiça, que trate de procedimentos, imperativos, capaz de abranger e testar a validade de normas, valores, e tratar de casos particulares sob a luz de princípios compartilhados. Ante a possibilidade do “casamento” entre as estruturas universalistas e particularistas, para além do impasse entre modernos e pós-modernos. Cf. CRITCHLEY, S. *The Ethics of Deconstruction: Derrida and Levinas*. Edinburgh: Edinburgh University Library, 1999. p. 269. Axel Honneth também observa os limites da tradição kantiana e da moralidade universal e, enquanto a proposta de Habermas da ética do discurso seria mais adequada para tratar a questão da particularidade do indivíduo do que as propostas de Lyotard, a ética do cuidado apresentada por Derrida e Levinas teria maior abertura para tratar a particularidade do *outro* que se coloca para além do horizonte da ética discursiva de Habermas: “The very intention of criticizing metaphysics also carries with it certain normative-political consequences, as the example of Adorno’s philosophy shows: Whoever attempts to uncover the separated and the excluded in the thought systems of the philosophical tradition is driven finally with a certain necessity to ethical conclusions, at least when, with regard to these

Para Rosenfeld, a desconstrução pode ser percebida como preservando um vínculo com escrituras passadas, presentes e futuras, o que não leva à conclusão de que todas atribuições de sentido são arbitrárias. Essa concepção não interrompe o processo de desconstrução da ontologia ou da ética. Demanda, por outro lado, a assunção da impossibilidade da reconciliação entre *si mesmo* e o *outro*, entre *identidade* e *diferença*.²⁰⁴

A partir dessa mirada para a desconstrução, o *sentido*, ainda que não venha a ser *fixo*, não permite que *qualquer coisa* venha a produzir *sentido*. As condições éticas e ontológicas estão inscritas na história, marcadas na sucessão de formações sociais concretas. A cada momento, há uma limitação do espectro de sentidos legítimos, possíveis, ainda que não se procure delimitar um *único*, *último* sentido.²⁰⁵ As projeções da ontologia e da ética no passado e no futuro abrem e fecham os caminhos de sua própria interpretação.

Enquanto as comunicações podem ser vistas como uma *composição aberta*, suscetíveis à adoção de diferentes sentidos, o 11 setembro, o terror são exemplos daquilo que é desprovido de *sentido*, do *indizível*. O terror representa a ruptura completa entre o *si* e o *outro*, o fim das interações, a negação das iterações democráticas.

Por isso, a busca por *sentidos*, por *fundamentos* e *fundações* em comum, precisa ser realizada ante a irredutibilidade da singularidade de cada indivíduo. Pode-se conceber o sujeito constitucional em suas fundações como uma *falta* ao invés de uma *presença*; trata-se de uma *lacuna*.

Aquilo que pode ser encontrado na busca por uma fonte última de legitimação e autoridade para a ordem constitucional é uma *ausência*. Esta *falta* não é uma negação da importância do sujeito constitucional, mas a necessidade da sua permanente redefinição, a assunção de que o sujeito constitucional é

‘others’, it is a matter not of cognitive alternatives but of human subjects.” (HONNETH, A. The other of justice: Habermas and the ethical challenge of postmodernism. In: WHITE, S. K. *The Cambridge companion to Habermas*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 290).

²⁰⁴ ROSENFELD, M. *Just Interpretations: law between ethics and politics*. Los Angeles: University of California Press, 1998. p. 19. Como anota Honneth: “The moral point of view of equal treatment (...) requires continuous correction and supplementation by a viewpoint indebted to our concrete obligation to individual subjects in need of help.” (HONNETH, A. The other of justice. p. 291).

²⁰⁵ ROSENFELD, M. *Just Interpretations*. p. 19.

uma composição incompleta que, ao mesmo passo que busca seu ponto final, sempre está a reabrir sua textura para novos *sentidos*. É nesse *espaço aberto, acessível*, por mais estreito que ele seja, que o sujeito constitucional deixa suas *marcas* ao formular, estabelecer uma de suas possíveis identidades.²⁰⁶

O sujeito constitucional é um conceito que permite a construção de narrativas plurais em seu bojo e abrange diferentes temporalidades na busca pela homogeneização das diferenças inscritas na comunidade política. No subsolo da estrutura da organização política da sociedade não restam fundações sólidas, mas, aporias. Quem declara direitos? Quando? Com qual legitimidade? A genealogia do cruzamento de caminhos do constitucionalismo e da democracia, a origem da tensão constitutiva é um indicativo dos problemas da *autorização*, da *autoridade* e da *anterioridade*.

²⁰⁶ ROSENFELD, M. The Constitutional Subject, its other, and the perplexing quest for an identity of its own. p. 1969.

3. Constituindo a Constituição

How does newness come into the world? How is it born?
Of what fusions, translations, conjoinings is it made?
How does it survive, extreme and dangerous as it is?
What compromises, what deals, what betrayals of its
secret nature must it make to stave off the wrecking
crew, the exterminating angel, the guillotine? Is birth
always a fall? Do angels have wings? Can man fly?²⁰⁷

3.1 Declarações de Independência

Um dos principais problemas da política é o de descobrir uma forma de governo que consiga colocar o direito acima dos homens, ou a (boa) lei para formar (bons) homens. Tal dilema, lembrado por Rousseau,²⁰⁸ acaba por enfrentar a mesma circularidade da questão apresentada por Sieyès em que aqueles que se reúnem para constituir um novo governo não são cidadãos, ou seja, não possuem autoridade para realizar o objetivo da reunião: criar um *novo* governo.²⁰⁹

Trata-se de um paradoxo que não aparece no momento de produção da legislação ordinária, mas na função da produção assembleia constituinte. Ele é criado, pois coloca as leis acima dos homens e condiciona a validade das leis que esses homens estão promulgando a alguma fonte superior de autoridade. Porém, na modernidade, vive-se o dilema da impossibilidade do recurso a uma entidade metafísica em um mundo *secularizado*.

Como fundar instituições duráveis sem o apelo a deuses, ao fundacionalismo ou um a absoluto?²¹⁰ É possível pensar em instituições

²⁰⁷ RUSHDIE, S. *The Satanic Verses*. London: Vintage Books, 2006. p. 8

²⁰⁸ “As, before putting up a large building, the architect surveys and sounds the site to see if it will bear the weight, the wise legislator does not begin by laying down laws good in themselves, but by investigating the fitness of the people, for which they are destined, to receive them. Plato refused to legislate for the Arcadians and the Cyrenaeans, because he knew that both peoples were rich and could not put up with equality; and good laws and bad men were found together in Crete, because Minos had inflicted discipline on a people already burdened with vice.” (ROUSSEAU, J. J. *The social contract & Discourses*. New York: J.M. Dent & Sons, 1923. p. 38-39). “The great classics of modern political theory have certainly followed Aristotle in emphasizing that it is the constitution that defines good citizenship, not an ideal individual. Even Rousseau, who is the inventor of the modern model of the perfect citizen in the ideal democratic republic, understood this perfectly well.” (SHKLAR, J. *American Citizenship*. p. 12)

²⁰⁹ Cf. SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa*.

²¹⁰ Cf. ARENDT, H. *On Revolution*. Para Derrida, a fundação última do Direito é, por definição, infundada,

detentoras de autoridade sem derivar estas da “lei das leis”, de fontes extrapolíticas? Em um mundo que não garante estabilidade, legitimidade e autoridade, é possível pensar em uma *política da fundação*? Arendt entende que sim, e observa na independência dos Estados Unidos um modelo para tanto.

As duas fontes que serviram como legitimadoras para os “pais fundadores” foram a história, da qual tiraram exemplos das repúblicas e a teoria política, a qual inspirou a organização do poder. Como resultado, obteve-se uma grande preocupação com a guarda de liberdades civis e com a constituição do poder. Contudo, a volta ao passado em busca de exemplos não era apenas a procura de uma fonte de modelos, mas, principalmente, uma fonte para o *começo* de uma *nova* República – os pais fundadores precisavam derivar a estabilidade e a autoridade de algum corpo político.²¹¹

A busca por um pilar na história fez da inovação do *design* institucional dos Estados Unidos parecer uma *derivação*, porém a nova estrutura de governo foi recepcionada como um modelo institucional inovador, que acabou por inspirar (junto com a Revolução Francesa) a formação daquilo que se compreende como os elementos fundamentais para os Estados modernos.

A busca por um *absoluto* – no qual seria fundada a (re)construção da esfera política – foi, para Arendt, um desvio no caminho dos “pais fundadores”. A

sem fundamento, ou, poder-se-ia dizer, sem *razões* ou nunca estabelecida *permanentemente*. E isso não é uma má notícia – para qualquer um que observe a mínima diferença entre o Direito e a religião. Cf. DERRIDA, J. Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”. In: CARLSON, D. G.; CORNELL, D.; ROSENFELD, M. *Deconstruction and the possibility of justice*. New York: Routledge, 1992. Para Drucilla Cornell: “The deconstructibility of law, then, as Derrida understands it, is a theoretical conception that does have practical consequences; the practical consequences are precisely that law cannot inevitably shut out its challengers and prevent transformation, at least not on the basis that the law itself demands that it do so.” (CORNELL, D. The Thinker of the Future. In: *German Law Journal*. v. 6, 2005. p. 143).

²¹¹ Sobre a *morte* do corpo político, Rousseau questiona, se Esparta e Roma pereceram, qual Estado pode esperar durar para sempre? Se fosse para ser estabelecida uma forma de governo duradoura, deveria ser tentado o *impossível*, e devemos nos felicitar por estarmos dotando o trabalho humano com uma estabilidade que condições humanas não permitem. Eis que, o *corpo político* assim como o *corpo humano* começa a morrer assim que ele nasce e, *carrega dentro de si mesmo as causas de sua destruição*. Mas Rousseau apresenta uma alternativa, ambos os *corpos* podem ter uma *Constituição* relativamente robusta que pode preservá-los por um período maior ou menor. Enquanto a constituição do homem é uma obra da *natureza*, a Constituição do Estado é uma obra de *arte*. Não cabe ao homem a decisão sobre prolongar sua vida – Rousseau reconhecia, neste ponto, o predomínio da natureza – contudo, a *vida do Estado* pode ser prolongada com a melhor Constituição. Mesmo este Estado vai ter um *fim*, assim como qualquer outro, mas pode durar mais do que os outros, a menos que um acidente imprevisto o destrua. (ROUSSEAU, J. J. *The social contract & Discourses*. p. 77-78).

presença de um absoluto era um sinal oposto à *contingência*, um dos elementos mais importantes da esfera pública, eis que por meio da contingência que a liberdade e a inovação humana podem emergir na esfera pública.²¹²

A busca por uma figura externa ao *mundo* humano, construída intersubjetivamente, diminui o empreendimento de (re)construção e fundação política, pois atribui os créditos a uma entidade metafísica, seja esta uma “verdade autoevidente”, Deus ou a lei natural – todas figuras com as quais a modernidade vai travar uma batalha para diferenciá-las (e afastá-las) da vida política.²¹³

O problema da presença de um absoluto na política é que este dispensa o acordo político, por ser autoevidente, é uma força que obriga as pessoas, sem que qualquer interação comunicativa seja necessária, não há persuasão política. São verdades “pré-rationais”, eis que *informam* a razão, mas não são um produto da razão, estão no mesmo patamar de um poder despótico ou de verdades reveladas da religião.

A ação política não é *constativa*, mas *performativa*, compreende os mesmos mecanismos de um ato de fala que traz algo para o mundo que não existia antes. A importância política da Declaração de Independência²¹⁴ estaria não no fato de ser um argumento favorável à ação, mas na *abertura de caminhos* para que ações políticas sejam realizadas por meio da *escrita*. Na Declaração de Independência pode-se observar um dos raros momentos em que o poder da ação (política) foi forte o bastante para construir um *monumento*.

Porém, a postura performativa da Declaração de Independência não foi mantida em sua integralidade, por apelar para forças transcendentais de autoridade e para verdades autoevidentes. A frase “Nós consideramos estas verdades autoevidentes” pode ser dividida entre o “nós”, performativo, que reúne uma comunidade política e uma parte constativa, das verdades autoevidentes. Para Arendt, o “Nós consideramos” constitui a única fonte de poder real e

²¹² ARENDT, H. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1958. p. 179.

²¹³ O resultado de tal batalha não foi a extinção da metafísica da política, mas sua transformação em novas categorias.

²¹⁴ ARENDT, H. *On revolution*. p. 193.

legítima, que estava fundada na reciprocidade e aparece no mundo quando as pessoas se reúnem com a finalidade de agir, ao se vincularem por meio de promessas, pactos e garantias.²¹⁵ Isso pode, de acordo com o plano conceitual de Arendt, manter a *autonomia* da esfera política e a unicidade do fenômeno político.²¹⁶

As declarações performativas demandam um grupo de espectadores para que ganhem vida, para que atinjam seu objetivo, qual seja, trazer para o mundo compartilhado intersubjetivamente algo que ainda não estava presente, a *natalidade*. O caráter performativo do “Nós consideramos” confere poder a uma comunidade existente ao mesmo tempo em que constitui uma reunião livre de pessoas e garante o caráter público para um acordo compartilhado, o qual estabelece as regras de convivência da comunidade. Trata-se de uma *promessa* e de uma *declaração*, apontando para uma tarefa que é singular aos seres humanos, a capacidade de construir *mundos*.²¹⁷

O conceito de mundo, para Arendt é derivado da produção que as pessoas unidas podem fazer, mediante o uso da *práxis* e da *lexis*, da ação e do discurso, o mundo é derivado do poder, ao invés de ser produto da força ou da violência.²¹⁸ Para Bonnie Honig, Arendt se livra do círculo de Sieyès ao depositar a fonte de autoridade no ato de fundação, o qual não precisa ser abençoado por um constativo (redundante) para que funcione. Trata-se de uma declaração performativa política que garante a fonte de autoridade a partir da qual a própria Constituição deriva sua legitimidade.²¹⁹

Arendt apresenta, portanto, uma forma diferente em que a política se faz possível. Trata-se da autoridade, inerente na performance declarativa e na

²¹⁵ ARENDT, H. *On revolution*. p. 181.

²¹⁶ Arendt pensava em uma forma “pura” de política, coerente com a demanda de que o poder é independente de fatores materiais. As instituições políticas deveriam ser independentes de forças econômicas: “All our experiences as distinguished from theories and ideologies tell us that the process of expropriation, which started with the rise of capitalism, does not stop with the expropriation of the means of production; only legal and political institutions that are independent of the economic forces and their automatism can control and check the inherently monstrous potentialities of this process.” (ARENDT, H. *Crises of the Republic*. New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972. p. 212).

²¹⁷ ARENDT, H. *On revolution*. p. 175.

²¹⁸ Ver a diferença que Arendt faz dos termos em: ARENDT, H. *On Violence*. San Diego: HBJ, 1970.

²¹⁹ HONIG, B. Declarations of Independence: Arendt and Derrida on the Problem of Founding a Republic. In: *The American Political Science Review*, v. 85, n. 1, 1991. p. 101.

prática da produção da Constituição. Logo, se o tipo de autoridade existente em Roma não está mais disponível na modernidade, assinala Arendt, a nossa capacidade de construir mundos (políticos) precisa de uma outra fonte, ela ocorre *por amor ao mundo*.

Ao mesmo tempo em que as revoluções modernas foram estabelecidas como respostas a momentos de crise de autoridade, as próprias revoluções não foram capazes de instituir uma nova *autoridade*, motivo pelo qual acabavam por ser falhas em criar um novo *mundo*. Por isso, Arendt procurou oferecer uma opção diferente de autoridade, que fugisse desse círculo vicioso, sua fonte estaria no poder de uma comunidade se (re)constituir.

Trata-se, portanto, de uma concepção moderna de autoridade, pois não demanda a crença compartilhada das pessoas em deuses ou mitos, mas a união das pessoas em uma comunidade em torno da prática de autoridade que constitui a *promessa*.²²⁰ A política performativa de Arendt pressupõe uma comunidade de pessoas que realizam promessas, as quais consideram diferentes valores e crenças mas que, ainda assim, compartilham a compreensão do que é fazer uma promessa.

Para Arendt, a própria escrita é parte do processo de compreensão, do saber (*verstehen*). Por isso, o próprio processo do pensamento (*selber-denken-Process*) guarda extrema relevância na tradição filosófica, na epistemologia. Se outras pessoas compreendem as coisas como aquele que as produziu originalmente as compreende, isso possibilita um *sentimento de pertencimento*, de compartilhamento de ideias, de estar entre iguais (*Heimatgefühl*).²²¹

Não existe, inicialmente, a possibilidade de uma decisão originária quanto ao pertencimento, trata-se de uma condição *natural*: o nascimento. Contudo, pertencer a um grupo em um segundo sentido, entrar em uma comunidade organizada, é diferente, pois essa organização está relacionada com o cultivo de um *mundo*. As pessoas que se organizam desta forma o fazem pois

²²⁰ HONIG, B. *Declarations of Independence*. p. 102.

²²¹ Não existem garantias de que o processo de compreensão será idêntico, a ênfase está no pertencimento (a uma comunidade) e no compartilhamento (de conceitos), não na produção do *mesmo* pelo outro. Cf. ARENDT, H. *The portable Hannah Arendt*. New York: Penguin Books, 2000. p. 16.

compartilham interesses comuns, ou seja, uma “mesma” relação com o mundo.²²²

Arendt afirma que a ação²²³ consiste em parte na atividade de prometer e está submetida a um risco, pois toma lugar no mundo contingente em que as consequências e os significados das coisas são indeterminados. Porém, a promessa ainda serve como um mecanismo de limitação para a indeterminação, uma vez que diminui o risco da ação ao fornecer pequenas ilhas de estabilidade perante a contingência radical da esfera pública.

As características da condição humana (labor, work, action) têm origem com a natalidade, ou seja, com o nascimento, porém, das três, a ação é a característica mais próxima da natalidade, pois ela habilita mudanças, transformações realizadas na arena política; logo, a política é um campo para a emergência do *novo*.²²⁴

Arendt afasta, portanto, os momentos constativos da declaração, pois insiste que seu poder é performativo, o “Nós consideramos” que garante a fonte de autoridade para a República dos Estados Unidos e sua Constituição. Contudo, o “Nós” não existe antes da declaração. Eis o paradoxo que surge na formação do povo, “Nós o povo” é a figura que garante a performance da declaração. Como pode este *Povo* que ainda não existe ser a fonte de estabilidade para a própria República? Este é o problema analisado por Jacques Derrida em seu texto “Declarations of Independence”.²²⁵

Derrida explica que temas como a promessa, o contrato, o compromisso (*engagement*) e a assinatura precisam, ao menos, de uma segunda pessoa para que possam ser confeccionados, são documentos que precisam de uma relação intersubjetiva para que possam ter *sentido*.

²²² A política emerge como uma “cultura”, ou seja, pelo cultivo, pelo cuidado com os seres e com as coisas. A vida em comum emerge acompanhando o poder, pois interesses compartilhados não eliminam a necessidade do poder, ao contrário, eles dependem de sua presença. Percebe-se o espaço político em seu sentido *profundo*, como a descrição da robustez das relações humanas em sua estrutura social, no poder de *criar o mundo*.

²²³ ARENDT, H. *The Human condition*. p. 245-246.

²²⁴ ARENDT, H. *The Human condition*.

²²⁵ O texto em questão consta da coletânea: DERRIDA, J. *Negotiations*. Ver também: HONIG, B. *Declarations of Independence*.

O mesmo esquema conceitual pode ser utilizado para as declarações de independência e de direitos do homem, em que também se demanda um *outro*, na forma de coletividades. Essa relação pode ser observada no problema dos atos de fala, na teoria da escrita performativa, da assinatura, do contrato, do nome próprio e das instituições políticas e acadêmicas. Ainda, outras temáticas como a do aniversário, ou a do nascimento – de onde vem o novo? – são importantes para enredar o seguinte questionamento: quem *assina* o ato declarativo que funda uma instituição?²²⁶

O ato de fundar uma instituição que se autocompleta, faz aquilo que diz fazer, ou, ao menos, aquilo que seria sua intenção realizar. Lembra Derrida que a declaração que funda uma instituição, uma Constituição ou um Estado demanda que aquele que a assina deve se *comprometer* (*engage*) com ela. A assinatura estabelece um vínculo com o ato instituinte, como ato linguístico e escrito, um ato que se afasta da dimensão empírica.²²⁷

Ainda que uma instituição (em sentido amplo) acabe por se tornar independente dos indivíduos que empiricamente a constituíram, a mesma instituição dispõe de meios para lamentar a perda deles, ou celebrá-los, em decorrência da própria estrutura da linguagem instituinte, do ato de fundação de uma instituição, o qual acaba mantido dentro da própria *assinatura*.²²⁸

Porém quem é a pessoa que assina, que legitima, que funda tais atos? No caso da Declaração de Independência, Jefferson, o “redator”, representa (simboliza) os representantes. Aqueles que eram representantes dos Estados Unidos reunidos em Congresso geral.

A eles foi entregue o poder para assinar *em nome dos outros* – eis aqui um dos atos mais corriqueiros atos dos representantes, em sentido amplo – a delegação do poder que, originalmente, não lhes pertence, a “procuração” para

²²⁶ DERRIDA, J. *Negotiations*. p. 47.

²²⁷ De acordo com Stanley Fish: “That is to say, writing is such that even someone who has no relationship whatsoever to the receiver or sender will be able to construe it, to make something of it. If this were not so, if a piece of writing or speech could only function in the context of its original production, it would no be a representation of that context but a part of it; it would be a piece of presence.” (FISH, S. *Doing what comes naturally*: change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies. Durham: Duke University Press, 1989. p. 46).

²²⁸ DERRIDA, J. *Negotiations*. p. 48.

assinar, em nome próprio, mas, principalmente, em nome dos outros. Por direito, aquele que assina é “o povo”, o mesmo *Povo* que irá se declarar livre e independente.

Derrida aponta para o “coup de force”,²²⁹ o golpe de força do ato declarativo e para a indecidibilidade que este abrange: “É o bom povo que já se libertou de fato e está apenas declarando o fato de sua emancipação na Declaração? Ou se trata, antes, da libertação dele no instante e pela assinatura desta Declaração?”²³⁰

A aporia se apresenta na ênfase do “nós”, do termo “nós o povo” (*we the people*), que fala “em nome” do povo. Um povo que ainda não existe como entidade, antes da declaração, um povo que se autofunda, livre e independente. Como salienta Derrida, uma assinatura que inventa o assinante, que retroativamente autoriza-o a assinar: “Não há assinante, por direito, antes do texto da Declaração que se mantém como o produtor e garantidor da sua própria assinatura.”²³¹

O golpe de força, que funda direitos ou o Direito, traz o Direito à luz do dia, dá à luz ao Direito. Há, aqui, a indissolubilidade dos aspectos *constativo* e *performativo* da linguagem.²³² A Declaração de independência, o ato performativo, por representar na forma verbal um ato empírico, criador de um novo estado de coisas, realizador de um “batismo”. Um ato performativo que

²²⁹ DERRIDA, J. *Negotiations*. p. 49.

²³⁰ “Is it that the good people have already freed themselves in fact and are only stating the fact of this emancipation in [*par*] the Declaration? Or is it rather that they free themselves at the instant of and by [*par*] the signature of this Declaration?” (DERRIDA, J. *Negotiations*. p. 49. Tradução livre).

²³¹ “There was no signer, by right, before the text of the Declaration which itself remains the producer and guarantor of its own signature.” (DERRIDA, J. *Negotiations*. p. 50. Tradução livre).

²³² Observa-se, com isso, a superação da dicotomia proposta por Austin entre os aspectos constativo e performativo da linguagem. Em termos simples a diferença pode ser apresentada da seguinte forma, os aspectos constativos tratam daquilo que “é” enquanto o performativo daquilo que “deve-ser”. Constativos descrevem o mundo ou relatam um fato, podem ser objeto da verificação: verdadeiro ou falso. Por outro lado, os performativos não podem ser submetidos a testes deste tipo, desde que não descrevem, constataam ou relatam qualquer coisa, mas procuram alterar a condição das coisas. Os performativos se submetem ao teste de felicidade ou infelicidade. “Ela está cantando” descreve uma ação, no caso, a de alguém cantar, enquanto que o performativo “Eu me desculpo”, transforma em realidade o pedido de desculpas. Para Austin, os performativos devem estar fazendo algo ao invés de apenas dizer algo e os performativos são felizes ou infelizes ao invés de verdadeiros ou falsos. Cf. AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1962. p. 133. O próprio Austin atenuou sua perspectiva sobre esta dicotomia original em: AUSTIN, J. L. *Performative-Constatative*. In: CATON, C.E. *Philosophy and ordinary language*. Urbana: University of Illinois Press, 1963.

rompe o laço colonial – porém, não de forma absoluta – e que impõe aos seus cidadãos o seguinte: “A constituição e as leis de seu país de alguma maneira garantem a assinatura, assim como seu passaporte e a circulação de sujeitos e de selos estrangeiros a este país, de cartas, de promessas, de casamentos, de cheques – a todos os quais pode ser dada oportunidade, asilo ou direito.”²³³

A assinatura estabelecida pelo “bom povo” é um *simulacro do instante*. Para Derrida, a autodeclaração de independência *forja* uma identidade que assina. A assinatura da Declaração é feita em nome das leis naturais e em nome de Deus – criador da natureza. Suas leis institucionais – as bases para o alicerce do país que está por ser formado – foram fundamentadas em leis naturais e em nome de Deus, criador da natureza e das leis naturais.²³⁴

Para que a Declaração tenha algum significado ou efeito, a mesma deve partir de um modelo, de um exemplo – eis aqui, novamente, o paradoxo, a busca de um fundamento para aquilo que performativamente funda a si mesmo. Qual “instância” é a última? Qual é o modelo último – ao menos no campo metafísico, uma vez que empiricamente seria difícil falar em *modelo último*? Para os “Pais fundadores” dos Estados Unidos a resposta, em um primeiro momento, aparenta ser simples. Mas aqui também há uma possível armadilha, pois, assim como a França experienciou em sua revolução e, até certo ponto, mudou sua

²³³ “The constitution and the laws of your country somehow guarantee the signature, as they guarantee your passport and the circulation of subjects and of seals foreign to this country, of letters, of promises, of marriages, of checks – all of which may be given occasion or asylum or right” (DERRIDA, J. *Negotiations*. p. 51. Tradução livre).

²³⁴ “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. – That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, – That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness. (...) We, therefore, the Representatives of the united States of America, in General Congress, Assembled, appealing to the Supreme Judge of the world for the rectitude of our intentions, do, in the Name, and by Authority of the good People of these Colonies, solemnly publish and declare, That these united Colonies are, and of Right ought to be Free and Independent States, that they are Absolved from all Allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the State of Great Britain, is and ought to be totally dissolved; and that as Free and Independent States, they have full Power to levy War, conclude Peace, contract Alliances, establish Commerce, and to do all other Acts and Things which Independent States may of right do. – And for the support of this Declaration, with a firm reliance on the protection of Divine Providence, we mutually pledge to each other our Lives, our Fortunes, and our sacred Honor.”

configuração política ao se voltar contra o Antigo Regime, no caso daqueles que *declararam* a Independência dos Estados Unidos, havia algo com o qual romper, um passado, um rol de acusações (presente na Declaração de Independência), em suma, um “inimigo” político a ser combatido, antagonizado e o fundamento de autoridade não poderia partir deste ente (da Inglaterra).

Quais alternativas restam? A questão decorre da própria riqueza desta aporia. Aquele que nasce pode ser autorizado para realizar o seu próprio *batismo*? O *contrato* social é firmado com quem – há um povo que antecede o *Povo*? Mas esse povo (anterior) não é justamente aquele do qual os *novos cidadãos* procuram *declarar* sua Independência?

O espaço que existe entre as formas de declaração é preenchido, de acordo com Derrida, por um mecanismo imprevisto, por *Deus*, pela natureza, o sujeito, a linguagem ou a tradição. Arendt, por sua vez, percebia que esta aporia era uma característica estrutural de qualquer declaração performativa e, por isso, ela deveria ser mantida aberta. Ainda que exista uma vontade humana de preencher as lacunas, estas não precisam ser submetidas ao jogo sistêmico, conceitual ou linguístico. Ao contrário, de modo que a diferença entre Arendt e Derrida, neste ponto, pode ser vista na forma distinta pela qual cada um organiza a relação entre os aspectos performativos e constativos da Declaração.

Derrida não entende a Declaração como a combinação estrutural incongruente de asserções constativas e performativas, pois, em sua perspectiva, a *indecidibilidade* está na própria estrutura de diferenciação entre performativos e constativos.²³⁵ O performativo não precisa estar ancorado em outra declaração, o “Nós consideramos” é autossuficiente. Não pelo fato de ser um performativo, mas por não separar seus aspectos constativo e performativo.

Sobram poucas alternativas para fundamentação da autoridade,²³⁶ e esta não é matéria de simples legitimação. Há algo de novo na fundamentação da autoridade, do poder por parte dos *pais fundadores*? Aparentemente, não, tanto que a disputa que é travada sobre as interpretações acaba por ser sobre qual

²³⁵ HONIG, B. *Declarations of Independence*. p. 105.

²³⁶ Ver: SCHMITT, C. *La Dictadura*. Madrid: Alianza Editorial, 1985; DERRIDA, J. *Force of Law*.

das perspectivas deve conduzir a leitura da Declaração de Independência e da Constituição: a de caráter mais liberal – reprodutora das influências de Locke – ou mais republicano – inspirada em Maquiavel e em Roma.²³⁷

De qualquer modo, há relativo consenso quanto ao aspecto inovador das revoluções – americana e francesa – no que tange ao *design* institucional, à configuração das estruturas políticas, restando como importante legado francês a prevalência do *povo* e da cidadania, e como importante legado dos Estados Unidos a Constituição e as instituições.²³⁸

Mas a questão do fundamento da autoridade continua suspensa. Em verdade, *resolvida*. A *última assinatura* pertence a Deus,²³⁹ o melhor *nome próprio*, aquilo que deveria garantir a transmissão entre o mundo e a linguagem, pois deveria promover a indicação de alguém, um indivíduo concreto, que dispensaria a significação. Contudo, não existe *nome próprio*.²⁴⁰

A partir desse primeiro aporte, desvela-se um segundo. Se, por um lado, há uma *crise* para fundamentar ou legitimar a nação independente, o novo Estado, a declaração de independência da Inglaterra e, no caso da França, a independência do Antigo Regime, por outro lado, há uma segunda aporia *originária*: como aqueles que representam os representados (o povo) podem assinar, falar em nome do povo? Há um limite para os representantes? As aporias estão conectadas. O tênue elo é o *Povo* que é, ao mesmo tempo, físico

²³⁷ Sobre a questão consultar: POCKOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment*. e ACKERMAN, B. *We the people*.

²³⁸ Cf. ARENDT, H. *On Revolution*.

²³⁹ A assinatura da Constituição dos Estados Unidos foi realizada convocando, invocando o poder de Deus: “Done in Convention by the Unanimous Consent of the States present the Seventeenth Day of September in the Year of our Lord one thousand seven hundred and Eighty seven and of the Independence of the United States of America the Twelfth. In Witness whereof We have hereunto subscribed our Names.”

²⁴⁰ “É porque os nomes próprios já não são nomes próprios, porque a sua produção é a sua obliteração, porque a rasura e a imposição da letra são originárias, porque estas não sobrevivem a uma inscrição própria; é porque o nome próprio nunca foi, como denominação única reservada à presença de um ser único, mais do que o mito de origem de uma legibilidade transparente e presente sob a obliteração; é porque o nome próprio nunca foi possível a não ser pelo seu funcionamento numa classificação e portanto num sistema de diferenças, numa escritura que retém os rastros de diferença, que o interdito foi possível, pode jogar, e eventualmente ser transgredido, como veremos. Transgredido, isto é, restituído à obliteração e à não-propriedade de origem” (DERRIDA, J. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 1973. p. 134-135). A título complementar recomenda-se a leitura do verbete “Nome próprio” constante em: BENNINGTON, G. *Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

e metafísico. A instituição instituinte. O representado que retira de seu próprio ventre seus representantes.

Derrida elege, como símbolo maior dos representantes, Thomas Jefferson – o representante dos representantes e o seu sentimento de ferida e mutilação, de quem escreve *por representação*, no lugar dos outros: “Se a ferida não se apaga na delegação, isto é porque as coisas não são tão simples, nem a estrutura da representação nem a procuração da assinatura.”²⁴¹

De fato, a “ausência de simplicidade” é derivada da segunda aporia apontada por Derrida, do fundamento de legitimidade dos representantes e de todas as tentativas exercidas para explicar e justificar a transmissão do poder do povo para seus representantes constantes na tradição ocidental. A *procuração*, o ato de assinar em nome de outrem, que é inafastável no plano instrumental, porém, no limite, impossível – um representante não pode representar fielmente *todos os representados*, nem mesmo um pequeno grupos seletivo de eleitores – traz em si a dificuldade intransponível desta suspensão, de um elo fictício porém indispensável entre, por exemplo, eleitor e eleito, o soberano e seus súditos, o Estado e o povo.

As questões que Derrida deixa em aberto são um repisar destes problemas: i) como se dá a (auto)fundação de um Estado?; ii) e de uma independência?; iii) quem assina todas essas autorizações para assinar?²⁴²

A combinação entre as estruturas constativa e performativa da Declaração de Independência, e o “Nós consideramos” (ou o “Nós o povo”) ilustram uma característica presente em toda linguagem, ou seja, que a assinatura, a promessa ou qualquer ato de fundação não dispõem dos mecanismos necessários para se garantir – ante o limite do solipsismo –, socorrendo-se de fontes externas e, em muitos casos, ilegítimas para garantir sua (re)produção. Esta é uma das *marcas* que caracterizam a Declaração de independência e, também, as atividades cotidianas. Para Arendt, em outro

²⁴¹ “If the wound does not efface itself in the delegation, that is because things aren’t so simple, neither the structure of the representation nor the procuration of the signature.” (DERRIDA, J. *Negotiations*. p. 52. Tradução livre).

²⁴² DERRIDA, J. *Negotiations*. p. 53.

sentido, os aspectos constativos da Declaração são marcas da *impureza*, ante o ideal de um puro ato performativo que inaugura o espaço político.

Para Honig, a resistência de Arendt em relação à indecidibilidade ocorre porque ela procurava no momento de fundação dos Estados Unidos um momento de legitimação perfeita,²⁴³ porém, como a autoridade da fundação é derivada de um constativo, está fundada não no *poder* que almeja Arendt, mas na *violência*.²⁴⁴ Essa indecisão seria uma fratura na República na visão de Arendt, mas a Declaração é um ato político paradigmático justamente por causa de sua *impureza*. Em cada sistema, em cada prática, linguística, cultural ou política há um limite para a responsabilização do sistema, cada sistema é mantido por *fronteiras* que são, em muitos casos, irrevogáveis, estruturalmente arbitrárias e ilegítimas. Ao mesmo passo que elas são ilegítimas, elas habilitam o próprio sistema.

Apesar da distância inicial existente entre Arendt e Derrida, Honig acredita que é possível estabelecer pontos de conexão entre as teorias. Se ao invés de afastar, como Arendt o faz, o momento constativo da fundação, e observar que este é um convite para intervenções, poderia ainda ser preservada a parte da teoria de Arendt que afasta as instituições políticas de entes absolutos, ao mesmo tempo em que se reconhece que todos os atos de fundação são garantidos por constativos (muitas vezes, impuros, externos).²⁴⁵

Ao mesmo tempo, afasta-se a tentativa de colocar as leis acima das pessoas e impedir que a “lei das leis” sofra intervenções políticas. A possibilidade de alteração das leis é um traço bastante importante para Arendt, pois opõe as leis seculares e as leis divinas, os comandos absolutos que não aceitam argumentações justificadoras – por estarem estabelecidos previamente. Derrida compartilha tal entendimento de Arendt, ao recusar que a “lei das leis” seja colocada, sem qualquer questionamento, acima das pessoas, mas acrescenta que sempre haverá a busca por absolutos atrelados à lei.

²⁴³ HONIG, B. *Declarations of Independence*. p. 106.

²⁴⁴ Cf. ARENDT, H. *On Violence*.

²⁴⁵ HONIG, B. *Declarations of Independence*. p. 108.

Se a ampulheta for invertida e o sujeito puder ser observado com um *efeito* ao invés da *causa* dos discursos e das ações, os conceitos de *existência* e *identidade* são colocados em jogo como enunciados performativos. Logo, a promessa e o perdão podem ser realizados “na beira do abismo”, e servir como meios para a definição de futuros distintos, desconhecidos.

A Declaração de Independência dos EUA, em termos materiais, foi algo *ordinário*, a assinatura de um documento. Contudo, como esta *assinatura* aconteceu em um *contexto* específico (extraordinário), ela não é lembrada desta maneira. O contexto tem sua importância, pois os autores da assinatura estavam em uma revolução, poderiam *perder suas vidas* no dia seguinte (observa-se, portanto, um ato político, um ato de coragem), por isso, a *promessa*, a *declaração* e a *assinatura* são exemplos de performativos “ordinários”, os quais não tinham nada de ordinários naquele momento.²⁴⁶

A linguagem *inaugural*, o novo sentido da palavra é perigoso e angustiante, não sabe seu *sentido*, e se inscreve como representação da liberdade de expressão, a liberdade de *dar à luz*, de assinar. Ela *cria* sentido, ao registrá-lo, ao confiar na escritura, na exterioridade em que poderá ser transmitida sem-fim, é um projeto que não termina, e a possibilidade de sua falha é a *marca* de sua finitude, de sua historicidade.²⁴⁷

Esse é o espaço privilegiado por Derrida, em que os discursos e as escrituras são realizados em meios não domesticados, que fogem dos *rituais de inscrição de sentidos*, em que há a possibilidade de questionar a segurança e o *sentido* dos atos de fala; tais tipos de discursos possuem um poder *criativo*, a

²⁴⁶ Fish trata da importância das *circunstâncias normais*: “(...) determinacy and decidability are always available not, however, because of the constraints imposed by the language or the world – that is, by entities independent of the context or contexts in which we find ourselves operating. (...) I want to argue for, not against, the normal, the ordinary, the literal, the straightforward, and so on, but I want to argue for them as the products of contextual or interpretative circumstances and not as the property of an acontextual language or an independent world. (...) language does not have a shape independent of context, but since language is only encountered in contexts and never in the abstract, it always has a shape, although it is not always the same one.” (FISH, S. *Is There a Text in This Class?* Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 268).

²⁴⁷ DERRIDA, J. *Writing and Difference*. p. 13.

promessa de um outro futuro irrompe contextos, e esta também é a proposta de Arendt, ao observar a promessa e o perdão como atos de coragem.²⁴⁸

Na interpretação de Arendt, nos Estados Unidos, aquilo que liga as pessoas e forma o Estado, a União (uma vez que os E.U.A. não são um Estado-nação) é a cidadania, o respeito à Constituição. Não é a língua, a etnia, a origem histórica. Não existem “nativos” nos E.U.A. (afora os indígenas). A aceitação da Constituição forma a União. A Constituição para os alemães e para os franceses é apenas um pedaço de papel que pode ser modificado (deliberadamente), não para os E.U.A. Para eles, a Constituição é um documento *sagrado*²⁴⁹ (*sacer*) ou seja, colocado fora do alcance ordinário, regular das pessoas.²⁵⁰

A fundação foi alicerçada na reunião de minorias étnicas plurais, advindas de diversas regiões e procurou não nivelar e fazer desaparecer as diferenças (ainda que a escravidão tenha produzido uma marca indelével no país). No sistema político, a lei é que domina – com seu status *sagrado* – e não os homens.²⁵¹ E isso é importante para uma perspectiva republicana.

²⁴⁸ Para Derrida: “What holds for the receiver holds also, for the same reasons, for the sender or the producer. To write is to produce a mark that will constitute a sort of machine which is productive in turn, and which my future disappearance will not, in principle, hinder in its functioning, offering things and itself to be read and to be rewritten.” (DERRIDA, J. *Limited Inc.* Evanston: Northwestern University Press, 1988. p. 8). Para Arendt: “The venture into the public realm seems clear to me. One exposes oneself to the light of the public, as a person. Although I am of the opinion that one must not appear and act in public self-consciously, still I know that in every action the person is expressed as in no other human activity. Speaking is also a form of action. That is one venture. The other is: we start something. We weave our strand into a network of relations. What comes of it we never know.” (ARENDT, H. *The portable Hannah Arendt*. p. 21).

²⁴⁹ “(...) I noted the tension between the desire of James Madison that Americans ‘venerate’ their Constitution and the distinctly contrasting views of his good friend Thomas Jefferson that, instead, the citizenry regularly subject it to relentless examination. Thus, whatever may have been Jefferson’s insistence on respecting what he called the ‘chains’ of the Constitution, he also emphasized that the ‘Creator has made the earth for the living, not the dead.’ It should not be surprising, then, that he wrote to Madison in 1789, ‘No society can make a perpetual constitution, or even a perpetual law’.” (LEVINSON, S. *Our Undemocratic Constitution: where the Constitution goes wrong (and how We the People can correct it)*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 17). Embora Madison não se opusesse às emendas constitucionais, ele não via muito espaço para a participação pública na identificação de defeitos na Constituição. Apenas um grupo seleto de “esclarecidos” poderia cumprir esta tarefa enquanto, ao resto do povo caberia a “veneração” pela Constituição ao invés da adoção de uma postura crítica em relação às normas constitucionais.

²⁵⁰ Cf. AGAMBEN, G. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.

²⁵¹ “Some men look at constitution with sanctimonious reverence, and deem them like the arc [*sic*] of the covenant, too sacred to be touched. They ascribe to the men of the preceding age a wisdom more than human, and suppose what they did to be beyond amendment.” (LEVINSON, S. *Our Undemocratic Constitution*. p. ix).

Sabe-se que, ante as experiências históricas do século XX, o maior perigo de dominação dos outros poderes advém do Executivo.²⁵² Porém, ao tempo dos pais fundadores, a dominação da maioria era algo a ser restringido, logo, seria um erro pensar que eles estavam defendendo a democracia no sentido substantivo que o termo passou a ser empregado,²⁵³ eles almejavam um sistema republicano. Para tanto, eles dispuseram barreiras para que as minorias não fossem suprimidas, de forma a preservar o pluralismo político (a diferença de opiniões) e de se resguardarem contra a tirania da maioria.²⁵⁴

Uma vez que as Repúblicas não estão fundadas em apenas um momento histórico isolado, mas em uma progressiva discussão entre seus cidadãos, que moldam, ao longo dos anos, as identidades e diferenças que os constituem civicamente, a preservação e a emenda da fundação acabam por atribuir robustez política para a comunidade política.

O compromisso republicano de *preservar a ação política* é importante por duas razões. Primeiro, deve ser garantida a todos a possibilidade de construir um *mundo*, pois sem esta capacidade a vida seria *menos* humana, sem liberdades e sem a possibilidade de decisões éticas que procurem a felicidade (*eudaimonia*). A segunda razão trata de prevenir que absolutos se tornem impossíveis de resistir, ou seja, que a prática da autoridade não seja fundada em leis imodificáveis, o que seria inadequado para o campo político moderno. Com isso, obstar-se-ia a prática de expansão da política, na verdade, os absolutos significariam o silenciar (a violência) e a desativação dos dispositivos políticos. E é o compromisso de *expansão do passado* que habilita a reverência pelo

²⁵² Essa constatação pode ser observada ao longo dos escritos de Arendt. Cf. ARENDT, H. *The Origins of the Totalitarianism*.

²⁵³ Para Levinson: “If I am correct that the Constitution is both insufficiently democratic, in a country that professes to believe in democracy, *and* significantly dysfunctional, in terms of the quality of government that we receive, then it follows that we should no longer express our blind devotion to it. It is not, as Jefferson properly suggested, the equivalent of the Ark of the Covenant. It is a human creation open to criticism and even to rejection.” (LEVINSON, S. *Our Undemocratic Constitution*. p. 9).

²⁵⁴ Entende-se que, mesmo no caso da vitória da maioria, é normativamente fundamental que uma oposição não seja impedida de existir. A própria oposição deve ser tratada como condição para que a qualidade epistêmica das deliberações seja aumentada e como “fiscalizadora” das ações governamentais. Ademais, a oposição é necessária para preservar a legitimidade das opiniões divergentes, ainda que ela de forma isolada, como o preenchimento de um requisito formal ou procedimental para a democracia seja insuficiente, uma vez que deve-se estar aberto ao debate sobre valores substantivos que definem a estrutura e o funcionamento da comunidade política.

começo. Uma origem capaz de *religar* o passado, não apenas como um legado, mas como uma construção da qual é preciso se tornar responsável – ou seja, responsável pela manutenção da política.²⁵⁵

3.2 Os paradoxos do Direito e da Política

Aprofunda-se, neste tópico, o paradoxo da política, ou seja, o problema fundamental da democracia, o entendimento de que o poder deve pertencer ao *Povo*. Porém, este, na forma de *multidão*, não se habilita a tomar todas as decisões importantes que a política demanda. Como Rousseau já havia afirmado, precisa-se de bons homens para fazer boas leis,²⁵⁶ mas são necessárias boas leis para fazer bons homens, ou, em outros termos, lida-se com o dilema de transformar a massa amorfa de uma multidão em um povo.²⁵⁷

Segundo Bonnie Honig, o paradoxo da política não pode ser solucionado pelo direito ou por instituições jurídicas, nem pode ser domesticado por normas universais ou cosmopolitas. O paradoxo da política ressalta o problema circular em que as pessoas são, ao mesmo tempo, autoras das leis e submetidas à legislação, criaturas e criadoras do direito.²⁵⁸

²⁵⁵ “Central to republican theory is the idea that liberty depends on sharing in self-government. This idea is not by itself inconsistent with liberal freedom. Participating in politics can be one among the ways in which people choose to pursue their ends. According to republican political theory, however, sharing in self-rule involves something more. It means deliberating with fellow citizens about the common good and helping to shape the destiny of the political community. But to deliberate well about the common good requires more than the capacity to choose one’s ends and to respect other’s rights to do the same. (...) The republican conception of freedom, unlike the liberal conception, requires a formative politics, a politics that cultivates in citizens the qualities of character self-government requires” (SANDEL, M. J. *Democracy’s Discontent*. p. 5-6).

²⁵⁶ Cf. ROUSSEAU, J. J. *The social contract & Discourses*.

²⁵⁷ HONIG, B. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2009. O problema fundamental da democracia está, por sua vez, na necessidade de se atribuir a legitimação do poder ao *Povo*, porém o próprio povo nunca preenche os requisitos necessários para que se possa delegar a ele o poder democrático. Essa é a fórmula do paradoxo da legitimação democrática.

²⁵⁸ “Thus, the paradox teaches us the limits of law and calls us to responsibility for it. And it teaches that the stories of politics have no ending, they are never-ending.” (HONIG, B. *Emergency politics*. p. 3). Enquanto Rousseau pressupunha uma correspondência substantiva entre a vontade geral e o conteúdo das vontades individuais, Kelsen postula a identificação das vontades individuais com os processos por meio dos quais a vontade geral pode ser formada: “Politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa. Um indivíduo é livre se o que ele ‘deve’ fazer, segundo a ordem social, coincide com o que ele ‘quer’ fazer.” (KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 406).

No início dos regimes democráticos, em especial nos casos em que estes são decorrentes do rompimento com ditaduras ou guerras, pode até ser formulado um acordo sobre quem são os oponentes, quem deve ser antagonizado. Porém, raros são os casos em que há um consenso ou uma definição translúcida sobre o formato, o *design* institucional do novo governo, quais valores a nova instituição deve seguir, quais ideais e princípios o Estado deve proteger.

O paradoxo da política, que se coloca no centro de uma perspectiva agonista da democracia, sob as lentes da democracia deliberativa, ganha outra roupagem: o paradoxo da legitimidade democrática e o paradoxo da democracia constitucional. Aquilo que os difere é a solubilidade dos paradoxos produzidos pela democracia deliberativa e a insolubilidade do paradoxo da política.

Os recursos elementares que estão presentes na cidadania democrática deixam os cidadãos com poucas alternativas para os eventos em que eles são interpelados por situações de emergência. Isso porque o léxico tradicional de proteção jurídica dos indivíduos garantida pelo Estado de Direito, ou a crença fundada apenas no aprimoramento contínuo das instituições ou da humanidade – sem a percepção dos fatores patológicos que podem advir destes ou seus limites internos – deixam os indivíduos vulneráveis à submissão política, além de serem insuficientes para lidar com o fenômeno político da exceção.²⁵⁹ Esse é um dos casos em que a busca de uma resposta jurídica para uma questão política – a suspensão dos direitos e garantias – acaba por ser inócua, pois o próprio direito foi *derrotado* por um golpe político.

A exceção é a situação limite do Direito (ao menos conceitualmente) e um dos paradoxos que ela endossa é a suspensão de direitos pela própria via jurídica, ou seja, concede-se o direito – geralmente ao chefe do Executivo – de decidir quando os direitos devem ser suspensos.²⁶⁰ Aberta essa porta, ao menos no que tange às experiências políticas do século XX e do início do século XXI, o *retorno* do estado de exceção acaba por ser um caminho muito mais complicado

²⁵⁹ Cf. SCHMITT, C. *Political Theology*. Cambridge: The MIT Press, 1985; AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

²⁶⁰ SCHMITT, C. *Political Theology*.

do que o golpe, a anomia. Por isso, a decisão política que *temporariamente* suspende os direitos acaba por ser extremamente longa.²⁶¹

O paradoxo da política, desde uma perspectiva democrática, demanda a compreensão inicial de que o povo, os atores e sujeitos políticos por excelência, apresenta-se como uma massa amorfa de pessoas reunidas, uma multidão. De acordo com Honig, o paradoxo da política postula que a democracia está sempre vinculada ao problema de como diariamente (re)configurar uma multidão em um povo.²⁶²

Ponto em comum entre os dois lados do Atlântico é a construção de uma imagem do “bom povo”. No caso francês, a influência – a leitura – dos revolucionários de Rousseau acabou por implicar um pragmatismo legitimador dos atos dos revolucionários. Da compreensão de que o “homem é sempre bom”, não decorria que as decisões tomadas pelo povo eram sempre boas. Disso, inclusive, decorreu a distinção entre a *vontade geral* e a *vontade de todos*. No caso dos EUA, o “bom povo da Virgínia” é aquele que legitima que seus representantes façam uma Declaração de Direitos, pois todo o poder é conferido (*vested in*) e derivado do *Povo* e, não menos importante, é o “We the people” (Nós o povo) que estabelece e ordena a duocentenária Constituição norte-americana.

Observa-se, portanto, que a *invocação* da categoria *Povo* conecta-se com a necessidade de legitimação ou, no mesmo sentido, de *fundamento*. Ralph

²⁶¹ Essa decisão política usualmente encontra mecanismos jurídicos que a possibilitem. Mesmo no caso dos EUA, que pode ser usado como exemplo de não suspensão dos poderes durante a Segunda Guerra Mundial, subsistem problemas: “While an impressive systematization of governmental regulatory power had been introduced and executive authority expanded, the enlarged scope of government’s legal powers was understood as temporary, confined to the duration of the ‘wartime emergency’. With the possible exception of a somewhat deferential judiciary, the constitutional order functioned more or less normally. Congress met uninterruptedly and did not refrain from criticizing the conduct of the war; the two political parties continued their contests for office; and elections remained free. Except for the shameful ‘relocation’ of Americans of Japanese ancestry, very few governmental actions could be described as dictatorial. Although an enlarged power imaginary had clearly taken hold, it lacked mythological status. Perhaps this was due to the fact that at the time the nature of the enemy was not truly comprehended. The Nazi concentration camps and the murder of millions of Jews, Gypsies, homosexuals, and Jehovah’s Witnesses were not major themes of wartime propaganda.” (WOLIN, S. *Democracy Incorporated*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 25). Ver, sobre essa questão, os casos: *Korematsu v. United States* (1944) e *Woods v. Cloyd W. Miller Co.* (1948) e a mudança de posição no caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (1952) envolvendo a Guerra da Coreia.

²⁶² HONIG, B. *Emergency politics*. p. xvii.

Christensen afirma, nesse sentido, que o *Povo* aparece como “bloco”, é uma “pedra fundamental” na teoria da soberania popular, é um lugar-comum na retórica da justificação das ações do Estado – *em nome do povo*. O conceito do *Povo* usado como bloco encobre as diferenças que poderiam traçar uma distinção entre o seu uso retórico e seu potencial para habilitar a democracia.²⁶³ Mas não apenas isso, a utilização do conceito de *Povo* – em nome do povo, soberania popular, a supremacia do interesse público – tanto no campo jurídico quanto político serve como forma de solapar as origens, os fundamentos, as fundações dos Estados, dos direitos e da própria representação política.

A “rachadura” constante das teorias da soberania popular se expõe nos casos em que ocorre a conexão entre “povo” e “dominação” para a definição da democracia. A diferença entre os conceitos, contudo, é a de que o povo observado como totalidade isolada é amorfo, e dele não é possível deduzir uma vontade.²⁶⁴ Aquilo que é dedutível das estruturas de dominação é a formação de uma vontade particular, simbolizada pelos representantes políticos.

A alternativa para a lógica da dominação é a abertura para o processo contínuo de *refundação* e do estabelecimento da legitimidade a partir das diferenças. Christensen lembra que: “A distinção impura entre instituição e preservação da democracia já pode ser observada no seu começo, quando os revolucionários democráticos invocam um povo que ainda está por ser criado”.²⁶⁵ Por isso, a interação entre o instituído e o instituinte conduzem para um outro olhar perante a democracia, em que sua reprodução e fundamentação não encontram um *fim*, sem se autoatribuir a totalidade da vontade popular.

O paradoxo da política não se limita ao problema da fundação – de um povo, de um Estado, de uma instituição política –, espraia-se na questão prática política cotidiana em que os cidadãos precisam definir, por meio de disputas democráticas, qual é a *vontade geral* que irá guiar uma política pública.

²⁶³ CHRISTENSEN, R. Introdução. In: MÜLLER, F. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 35.

²⁶⁴ Cf. BILAKOVICS, S. *Democracy without politics*.

²⁶⁵ CHRISTENSEN, R. Introdução. p. 40.

O paradoxo da política, afirma Honig, não pode ser solucionado pelo direito ou por instituições jurídicas, nem mesmo pode ser domesticado por normas universais ou cosmopolitas.²⁶⁶ A ponte entre os dois paradoxos está no fato de que, um povo, ao se autodefinir, cria as leis que irão o constituir como comunidade política. Acaba por produzir normas que permitam que esse processo possa ser realizado em momentos posteriores, ou válvulas de escape que habilitem a reestabilização da ordem política em momentos de exceção. Logo, a circularidade entre multidão e povo também pode ser observada entre Direito e Política, no sentido de que um acaba por ser fundamental na formação do paradoxo alheio.

A temporalidade do direito tende a seguir uma cronologia e “sempre estar atrasada” em relação ao surgimento dos fenômenos políticos produzidos na comunidade. Porém, ao posicionar o direito no lugar tradicional de pura estabilização das relações sociais, algo é perdido ao longo do caminho. De fato, um dos papéis atribuídos ao direito seria o de *arrefecer* as paixões políticas e fornecer respostas institucionais previamente produzidas mediante o aparato legislativo, como manifestação adequada da democracia.

Contudo, ao se refletir sobre a complexidade social que perpassa as atuais relações sociais, percebe-se que ao direito são atribuídas muitas outras tarefas que vão além da simples função de estabilização.²⁶⁷ O direito se abre para a política (e para o futuro) justamente no momento em que *promessas* institucionais são realizadas em seu bojo.

A garantia dos direitos fundamentais é um exemplo importante em relação a este tema. E, ao ser enfatizado o termo *promessa*, aquilo que se procura realçar é o acordo originário entre agentes políticos a respeito de um tema sensível. Não apenas os parâmetros para definir sua factibilidade, pois os direitos fundamentais são factíveis, em maior ou menor grau, de acordo com as

²⁶⁶ HONIG, B. *Emergency politics*. p. 3.

²⁶⁷ Cf. KOZICKI, K. *Conflito e estabilização*: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Florianópolis, 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

condições políticas, econômicas, institucionais (dentre outras variáveis) de cada sociedade.

Uma comunidade política que abraça os direitos fundamentais em seu conjunto de normas não está apenas definindo sua *identidade constitucional*, os laços do passado, mas também realiza uma escolha que compromete gerações posteriores, pois há a expectativa de que a promessa seja mantida, que o discurso seja compreendido e que, reflexivamente (ou mesmo passionalmente), seja transposto para os outros membros que a definem.²⁶⁸

Contudo, não existem garantias políticas de que a promessa será cumprida em sua integralidade no futuro. O *contrato* social pode ser revisto periodicamente.²⁶⁹ Disso decorre a importância da manutenção da tensão entre o direito e a política, assim como a necessidade de se refletir sobre os paradoxos que estão em seus cernes.

O paradoxo da (re)fundação de uma comunidade política pode ser pensado a partir do seguinte dilema: em uma democracia, após a irrupção revolucionária da população, decide-se democraticamente que o modelo democrático será suplantado por uma ditadura pela vontade da maioria. Como é

²⁶⁸ Sobre o caso da África do Sul, Dennis Davis observou que, em um primeiro momento, a Suprema Corte ainda não tinha desenvolvido uma visão substantiva da Constituição. “Its style therefore still follows pre-constitutional formalism, certain judgments excepted, and, perhaps for this reason more than any other, our law has not yet undertaken the jurisprudential transformation required with the introduction of the new Constitution.” (DAVIS, D. *Democracy and Deliberation: transformation and the south African legal order*. Cape Town: Juta & Co, 1999. p. 19). Para Davis, a Constituição não trata apenas do passado, não é uma demanda autobiográfica da Nação, deve tratar das deliberações do presente e dos processos políticos que irão moldar o futuro. “This kind of thinking [old legal tradition] refuses to acknowledge that South Africa has experienced a legal revolution. This revolution promises movement away from a culture of authority to one of deliberation and therefore of justification. (...) Much of this form of thinking denies the contest of interpretation, which is not particularly surprising, for such an admission would undermine the culture of authority that it wishes to preserve.” (DAVIS, D. *Democracy and Deliberation*. p. 177). Ver os casos: *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another* (1996) que negou a aplicação horizontal de direitos fundamentais (da Bill of Rights da Constituição da África do Sul) e *Khumalo and Others v. Holomisa* (2002) em que o posicionamento da Corte foi alterado e passou a ser aceita a aplicação direta da Bill of Rights. Cf. CHIRWA, D. M. The horizontal application of constitutional rights in a comparative perspective. In: *Law, Democracy and Development*. v. 10, n. 2, 2006. p. 37-45.

²⁶⁹ Levinson fornece um exemplo: “Article XIX of the New York Constitution, for example, provides that the state electors be given the opportunity every twenty years to vote on the following question: ‘Shall there be a convention to revise the constitution and amend the same?’” (LEVINSON, S. *Our Undemocratic Constitution*. p. 12). Mas pode-se refletir sobre as transformações que as comunidades políticas são submetidas e a redefinição dos sentidos dos conceitos compartilhados no campo político ante novos fenômenos que surgem no *mundo da vida*.

contraditória a imposição da democracia pela força, as vozes minoritárias acabam por ser caladas e prevalece o modelo ditatorial.

Qualquer visão ideológica que romantize em excesso a participação popular, dispensando quaisquer outros aparatos institucionais, corre o sério risco de cair em tal armadilha. Por isso, deve-se recordar que a legitimação – característica determinante para qualquer regime político – não é o único aspecto que merece atenção quando se pensa em modelos institucionais democráticos.²⁷⁰ Isolada, a legitimação pode endossar regimes autoritários. Nesse sentido, pode-se pensar na simbologia que inspirou o fascismo, a união de vários feixes que, reunidos, tornam-se mais difíceis de quebrar – a união da multidão para dar força ao regime, mesmo que este venha a agir contra as pessoas que, na véspera, o levaram ao poder.

A dimensão da *natalidade* aponta para a expansão da política, pois é nela que se localiza a vinda do novo, no fato cotidiano de que cada comunidade estabelecida recebe novos cidadãos que mudarão sua configuração (mas não por completo, mantendo a tensão entre *identidade e diferença*).²⁷¹ Assim, aquilo que se apresenta como a estrutura que sustenta a comunidade também se encontra sob novas interpelações legislativas, advindas de novas expectativas

²⁷⁰ De acordo com Habermas: “What grounds the legitimacy of rules that can be changed at any time by the political lawgiver? This question becomes especially acute in pluralistic societies in which comprehensive world-views and collectively binding ethics have disintegrated, societies in which the surviving post-traditional morality of conscience no longer supplies a substitute for the natural law that was once grounded in religion or metaphysics.” (HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. p. 448). Para Habermas, a justificação da Constituição está na promoção da democracia por meio de procedimentos. A Constituição não é justificada por estar fundada em um conjunto de valores com os quais todos podem consentir, mas na ideia de que a Constituição promove a deliberação, o principal elemento da democracia. Em um Estado democrático de Direito as instituições políticas e jurídicas são tradutoras (mediadoras) da opinião pública e das deliberações políticas para o processo de produção legislativa e para as decisões judiciais. Um sistema jurídico não pode se imiscuir na esfera da legitimidade a menos que seus procedimentos sejam derivados das deliberações, por isso, o procedimentalismo diverge de perspectivas que apelam para categorias metafísicas para justificar as normas. A ênfase na deliberação não quer dizer que os direitos que sustentam a própria deliberação não possam ser discutidos na arena política e ser objeto de contestação, pois tais procedimentos são estabelecidos de acordo com os conteúdos definidos no legislativo e no Judiciário. Logo, eles podem ser modificados, uma vez que a própria sociedade não é estática.

²⁷¹ Isso pode ser observado na necessidade de se “aprender com a experiência”: “To criticize that particular compromise (...) is not necessarily to criticize the founders themselves. (...) They were, with some inevitable exceptions, an extraordinary group of men who performed extraordinary deeds, including drafting a Constitution that started a brand-new governmental system. By and large, they deserve the monuments that have been erected in their honor. But they themselves emphasized the importance – indeed, necessity – of learning from experience” (LEVINSON, S. *Our Undemocratic Constitution*. p. 15).

que são institucionalmente traduzidas em leis. É a partir desse pano de fundo que Honig afirma que o paradoxo da política não é *superado*, mas *reencenado* com o passar do tempo.²⁷²

Alguns elementos parecem nortear o fluxo normativo regular, como a linearidade e a constância. Contudo, aquilo que é pressuposto como vindo antes – o povo, o *bom povo* antes da *boa lei* – acaba por ser formado posteriormente, enquanto aquilo que aparece depois *reencena* o paradoxo da política. Logo, desde a perspectiva do paradoxo da política, as alternativas que não foram escolhidas, minoritárias, não articuladas, as diferentes formas de vida, de identidade subjetiva, de gênero são reapresentadas cotidianamente em formas distintas. O paradoxo da política nos fornece lentes que podem *reanimar* as diferentes formas do *ser*, a ver até onde podemos ir além dos *caminhos previamente estabelecidos*.²⁷³

Nos termos da democracia deliberativa, o paradoxo da política se apresenta como o paradoxo da legitimação democrática e o paradoxo da democracia constitucional. Para Honig, ao contrário dos democratas deliberativos, ao invés de paradoxos, a legitimação e o constitucionalismo são propostas de *resolução* do paradoxo.

O exercício da soberania popular se realiza em uma clivagem, entre a indeterminação do momento político presente e a abertura para o novo, e a análise em perspectiva do passado para poder aprender com as decisões equivocadas, mas sem “voltar no tempo”. Trata-se, por isso, da importância da construção de *narrativas* do passado como fontes que habilitem o ato de perscrutar o presente.

Outra inflexão pode ser observada na questão da legitimação e sua relação com a pura regra majoritária. O paradoxo da legitimação democrática parece ser solúvel de acordo com Honig, pois apresenta como resposta a possibilidade de universalização moral ou jurídica ao enfatizar a necessidade de

²⁷² HONIG, B. *Emergency politics*. p. 15.

²⁷³ HONIG, B. *Emergency politics*. p. 16.

procedimentos e instituições legais que possam estabilizar ou habilitar o exercício democrático.²⁷⁴

Diversa possibilidade aventada para solucionar o paradoxo da política é o recurso ao constitucionalismo. Os limites impostos por uma Constituição reduzem os danos que uma multidão amorfa pode vir a causar, como a episódica supressão de direitos e garantias fundamentais motivada por paixões ou por agendas fundamentalistas (a supressão da liberdade religiosa em nome de uma religião majoritária).²⁷⁵ A tensão que se desenvolve não é mais entre a soberania popular e a vontade geral do povo (conceitos muitas vezes percebidos como gêmeos, apesar da linha divisória entre o fato de, ao menos no campo discursivo, o poder emanar do povo e as diferentes formas de busca e eventual concretização da vontade geral do povo), mas entre democracia e constitucionalismo.

3.3 Formas e substâncias

O ponto inicial que “assombra” a tensão entre a democracia e o constitucionalismo está no controle de constitucionalidade. A ideia, apresentada em um primeiro plano, é incômoda: pois, como o governo poder explicar ou justificar uma prática aparentemente não democrática por parte do Judiciário em que produções populares e democráticas (leis) são submetidas a um “teste” de juridicidade por meio de uma lei superior (Constituição)? A busca por harmonizar esses dois lados é o motivo do assombro e envolve polos que acabam por se encontrar radicalmente comprometidos: a defesa do ideal de um governo

²⁷⁴ “ (...) the paradox of democratic legitimation focuses our attention on law’s regulative powers, specifically on the need to direct the energies of the people that are assumed to be independent of law rather than partly its products. The paradox of politics, by contrast, calls attention to law’s formative powers, its never fully willed role in processes of subject-formation and the need, therefore, in a democracy, periodically or regularly to subject law to democratization by way of amendment, augmentation, or nullification.” (HONIG, B. *Emergency politics*. p. 25).

²⁷⁵ De acordo com Sandel: “The political philosophy by which we live is a certain version of liberal political theory. Its central idea is that government should be neutral toward the moral and religious views its citizens espouse. Since people disagree about the best way to live, government should not affirm in law any particular vision of the good life. Instead, it should provide a framework of rights that respects persons as free and independent selves, capable of choosing their own values and ends. Since this liberalism asserts the priority of fair procedures over particular ends, the public life it informs might be called the procedural republic.” (SANDEL, M. J. *Democracy’s Discontent*. p. 4)

limitado por normas (constitucionalismo) e o ideal de um governo exercido pelo povo (democracia).²⁷⁶

Nos moldes primários da dicotomia a democracia se apresenta como o espaço do autogoverno, o *Povo* de um país que toma decisões substantivas sobre as formas e os conteúdos que definem seu espaço compartilhado intersubjetivamente, sua comunidade, o mesmo *Povo* que decide (autonomamente) as regras que definem sua associação política. O constitucionalismo se apresenta, por sua vez, como a definição dos processos de tomada de decisão coletiva estabelecida por uma norma superior, a Constituição, a lei que define o processo legislativo (*law of lawmaking*). Desse modo, controla o processo de produção legislativa, as leis que venham a ser integradas no ordenamento jurídico, definindo os atores legitimados para sua produção e os seus procedimentos. Frank Michelman acrescenta que também faz parte do constitucionalismo o entendimento de que as leis fundamentais (ou uma parcela delas) são *intocáveis* por políticas majoritárias.²⁷⁷

Por parte da democracia, o material bruto que é trabalhado pelo *Povo* são as decisões (no sentido prático) tomadas pela coletividade. Questões que podem ser apresentadas por um parlamentar ou por um corpo político como o Congresso ou o eleitorado. Aquilo que pode ser decidido na arena política está apto para, em um primeiro momento, mover o conjunto legislativo do país – o qual possui seus processos de destilação das questões que podem ou não ser debatidas na arena legislativa.

Pela mediação fornecida pelo princípio democrático, o povo de um país pode decidir, por *eles mesmos*, todas as questões que envolvam razões morais e materiais para deliberação. Em termos originários, tais decisões políticas irão abranger a produção da própria Constituição e as leis que organizam os poderes como as instituições do governo, bem como a limitação dos poderes. Explica Michelman que: “(...) o princípio do constitucionalismo demanda que ao menos

²⁷⁶ Cf. MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

²⁷⁷ MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. p. 6.

algumas escolhas sobre o processo legislativo sejam colocadas para além do alcance das decisões políticas democráticas.”²⁷⁸

Existem, segundo Michelman, ao menos duas grandes variações sobre a democracia: a primeira apresenta a democracia como um problema do povo que já dispõe de direitos específicos, a perspectiva *substancialista*; a segunda variação, *procedimentalista*, trata a democracia como uma questão dos procedimentos usados para decidir quais direitos as pessoas devem possuir.²⁷⁹

Michelman entende que as duas variações estão preocupadas em lidar com o problema rousseauiano de encontrar uma forma de associação política, arranjos institucionais para a produção legislativa em que cada indivíduo mantém seu autogoverno, resguarda sua própria capacidade de decidir as direções éticas de sua vida, definir e regular estas escolhas substantivas.²⁸⁰

Um dos motivos que levam a tratar a democracia como um espaço privilegiado para a tomada dessas decisões é a possibilidade da *accountability*.²⁸¹ Espera-se que os representantes prestem contas de suas atividades políticas, sob pena de não serem reconduzidos para seus cargos públicos, há uma espécie de “intercâmbio” entre a possibilidade de ocupar o cargo público e a devida atenção aos interesses dos eleitores.

Trata-se, portanto, de uma forma de manter o governo direcionado para o povo e não para o atendimento de vontades privadas dos representantes ou de agentes “externos” como lobistas. Tal “intercâmbio” também pode ser observado como o meio para a promoção do autogoverno, no qual cada indivíduo manifesta suas razões e, eventualmente, desenvolve identificações com as vontades políticas ou com as leis, assim como outros atos derivados de atividades coletivas, tratando-os como atos “próprios”. Desse modo, o indivíduo sai de sua

²⁷⁸ “(...) the principle of constitutionalism requires that at least some choices about the laws of lawmaking be placed beyond the reach of democratic politics to decide.” (MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. p. 7. Tradução livre).

²⁷⁹ Cf. DWORKIN, R. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996; POST, R. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

²⁸⁰ ROUSSEAU, J. J. *The social contract & Discourses*.

²⁸¹ ARATO, A. Representação, Soberania Popular e *Accountability*. In: *Lua Nova*. São Paulo, n. 55-56, 2002.

relação puramente solipsística, identifica-se reflexivamente com os atos externos do *mundo* compartilhado com outros indivíduos e trata esta atividade como “sua”.

Subsiste por trás desse mecanismo uma ficção, o indivíduo não é “proprietário” da atividade (ela não é “sua”), mas reflexivamente se sente parte da comunidade e entende que suas ações contribuem para a construção das decisões políticas da comunidade por meio de seus representantes. Ele também não possui controle sobre a representação cotidiana do político, a função substitutiva do representante é justamente esta, acompanhar os debates políticos que estruturam as normas da comunidade (o que virtualmente pode ser realizado por qualquer cidadão que tenha acesso à informação e tempo disponível, recursos usualmente tratados como escassos) e tomar decisões *em nome* dos outros. O controle sobre as ações políticas dos representantes acaba por se tornar, nesta moldura, “sazonal” e cíclica. Por isso eleva-se a importância do momento da manifestação política institucionalizada por excelência, as campanhas eleitorais e as manifestações dos eleitores por meio do voto – o que não significa menosprezar outras formas de manifestações políticas “fora da moldura” institucional.²⁸²

O processo de produção legislativa é entendido como uma tarefa social e coletiva, por causa de duas características centrais: a) aquilo que é criado como legislação para um sujeito, usualmente, tem sua aplicação estendida para todos – ante a pretensão de universalização das condutas –, as construções normativas, portanto, não dialogam por meio de estamentos sociais, mas com os atores políticos que tomam decisões políticas substantivas, estas são tratadas como realizadas *em nome* da comunidade;²⁸³ b) nenhuma prescrição funciona

²⁸² Michelman explica que: “American constitutional theorists often like to speak and write as if the agent in question is the capital-P People of the country somehow taken whole, as one, unified self. That, of course, implies that democracy’s point is to give effect to a single political will attributed to a single popular agent – a will that has by some means, typically involving a majority vote or a series of them, earned the right to speak in the name of the People”. (MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. p. 13).

²⁸³ Em termos concretos, é possível pensar em leis específicas para pessoas ou para cargos ocupados por uma pessoa, que terão o poder para tomar decisões em decorrência do cargo que ocupam; contudo, esse tipo de produção legislativa é minoritária e um sistema normativo democrático deve ter papel secundário. Uma das conquistas da modernidade foi justamente a derrubada da sociedade estamental. As visões

adequadamente como norma a menos que possua sua base em um acordo social ao qual seja atribuída credibilidade ou legitimidade para o agente produtor de normas. O legislador deve ser reconhecido como um *agente político* que ocupa um lugar temporário, que precisa ser reconduzido periodicamente para este espaço. O próprio cenário político deve estar aberto para mudanças – que não vão significar necessariamente avanços ou aprimoramentos no sistema democrático.

Deve-se considerar que as instituições são criações sociais, assim como costumes, de modo que a produção legislativa acaba por incorporar manifestações de diversos grupos que compõem a sociedade – em países que respeitem a democracia. A própria definição de *democracia* pressupõe que discussões sejam realizadas e instrumentalizadas em forma de votações em que *todos* possam participar em iguais condições formais. Assim, todos aqueles que preenchem os requisitos para serem considerados como cidadãos, membros participantes da comunidade, possuem o direito de votar, decidir.²⁸⁴

Porém o mundo real possui vencedores e perdedores, opiniões que são contrariadas e derrotadas, por isso, uma das grandes questões é: como este cidadão – que preenche os requisitos para tomar parte da comunidade – sente-se membro desta coletividade, mesmo discordando radicalmente das decisões majoritárias que se tornam leis, as quais possuem pretensão de universalidade?

edulcoradas de associações pluralistas com legislação específica para pequenas comunidades podem funcionar em alguns poucos lugares do mundo, contudo, não dialoga com a modernidade, com a realidade contemporânea e ainda corre o risco de promover diferenciações injustificadas e ter como resposta o esgarçamento do tecido social. Existe um abismo entre a produção de guetos para minorias e os mecanismos normativos para a emancipação social delas; atenta-se, neste ponto, para o fato de que se esses instrumentos forem “despolitizados” as consequências podem ser catastróficas. A política não pode ser reduzida ao espaço dos “bons” ou dos que possuem a “verdade” revelada. Logo, devem-se observar tanto as patologias na produção legislativa com pretensão de universalidade como a desconsideração de diferenças e especificidades, bem como ter cuidado com possíveis “estratégias” de afirmação cultural que deneguem ou não promovam direitos de participação livre e em condições de igualdade na comunidade política.

²⁸⁴ Deve-se lembrar que a cidadania não foi privilegiada em todos os lugares e que sua implementação é recente em muitos países. Raça e gênero são usualmente dois fatores que excluem várias pessoas da abrangência de conceitos como “todos os cidadãos do país”, veja-se o exemplo fornecido por Levinson: “The national government is elected entirely through state-run processes, and each state, at least historically, had the right to determine who could vote on its own. Some states allowed African American to vote; most did not. Some states allowed women to vote; some did not. The two amendments foreclose states from continuing to exercise their discretion with regard to race or gender.” (LEVINSON, S. *Our Undemocratic Constitution*. p. 142).

Eis que, em termos subjetivos, o conjunto de leis que ele deveria ser responsável pela criação não se torna realidade.²⁸⁵

Dá-se mais um passo no sentido de que não é apenas a *artificialidade do processo representativo* que demanda atenção,²⁸⁶ mas também a artificialidade da legislação com pretensão de universalidade. Ou seja, o respeito ao limite fático quando se constrói um ordenamento normativo, o qual é tratado como o *espelho* da vontade de uma coletividade. Este *espelho* não pode ser abrangente o suficiente para *refletir a vontade individual* de, por exemplo, oito milhões de pessoas que moram em uma cidade. Por isso, a construção legislativa acaba por se socorrer de termos abstratos e generalizantes e suas razões tendem a responder às demandas da *vontade geral* e não ao agregado que caracteriza a *vontade de todos*.²⁸⁷

Dworkin antepõe pré-requisitos substantivos aos procedimentais. Para Dworkin, a definição de democracia pressupõe valores substantivos “a priori”, de

²⁸⁵ Esse problema é suscitado por Michelman da seguinte forma: “So the questions are: How is everyone to regard himself or herself as self-governing though social and institutional transactions from which many have dissented and in which in any event there is no real chance that any single person’s own vote, or speech, or other considered political action decided the outcome? How is a person self-governing though institutional creation of laws that are revolting to him or her?” (MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. p. 15)

²⁸⁶ As demandas muito radicais de constrição de qualquer papel político do Judiciário tendem a esquecer (ou não observar) os problemas no campo que tratam como “automaticamente” democrático. O Congresso não enfrenta apenas problemas de legitimação e credibilidade institucional, mas, também, possui problemas estruturais. No caso do Senado brasileiro, o Art. 46, §3º que prevê dois suplentes para cada Senador eleito no país é difícil de ser justificado como balizador da democracia e da representatividade do povo, especialmente quando o *recurso* aos suplentes não é um fator incidental ou minoritário. No caso do Senado dos Estados Unidos, o problema está na Emenda XVII da Constituição que prevê que o governador de cada Estado preencha a vacância do Senador “When vacancies happen in the representation of any State in the Senate, the executive authority of such State shall issue writs of election to fill such vacancies: *Provided*, That the legislature of any State may empower the executive thereof to make temporary appointments until the people fill the vacancies by election as the legislature may direct.”, o caso da “venda” do posto deixado por Barack Obama no Senado pelo Estado de Illinois ao ser eleito Presidente levou o então governador Rod Blagojevich a sofrer um impeachment, a ser destituído em 2009 e a ser condenado por corrupção em 2011. Para além do caso, o problema estrutural da substituição estaria na indicação de um membro do Executivo a um posto político extremamente relevante, e como poderia ser demandada a *responsividade* ou a *accountability* por parte do Senador indicado pelo governador? A própria Emenda XVII, ratificada em 1913, foi criada para solucionar um problema anterior, eis que, originariamente, a Constituição dos EUA havia previsto a indicação dos Senadores pelo legislativo de cada Estado. Em suma, os exemplos procuram elucidar os problemas da artificialidade representativa e como a organização estrutural de setores do legislativo também são responsáveis pela diminuição da legitimação representativa deste poder.

²⁸⁷ “There is often a great deal of difference between the will of all and the general will; the latter considers only the common interest, while the former takes private interest into account, and is no more than a sum of particular wills (...)” (ROUSSEAU, J. J. *The social contract & Discourses*. p. 25).

acordo com os direitos que um país define como fundamentais em sua *Bill of Rights*, como o exemplo do Art. 5º da Constituição Brasileira, que podem conter ou não fins e valores democráticos.²⁸⁸ Alguns critérios precisam ser observados: o afastamento de castas; a garantia de direitos políticos amplos e iguais; a prevenção de discriminações arbitrárias e o uso opressivo do poder do Estado (direitos negativos); ainda, a garantia das liberdades de pensamento, expressão e associação, bem como da independência moral e intelectual de cada cidadão.²⁸⁹

Outro aspecto que acaba por ser referenciado é a possibilidade de o *Povo* decidir, pelos mecanismos democráticos, todas as questões políticas que emergem na comunidade.²⁹⁰ Existe um amplo espectro de questões que não apenas podem, mas *devem* ser submetidas aos processos democráticos de decisão pelo *Povo*, por meio de manifestações diretas ou por intermédio de seus representantes.

Contudo, o problema não se encontra nesse espaço, mas no núcleo duro do sistema normativo, na possibilidade da decisão sobre os direitos fundamentais, aqueles que habilitam a arquitetura da comunidade política que procura conciliar a existência de um conjunto de normas com a democracia. Ou seja, com a possibilidade de decisão sobre a sua própria *estrutura arquitetônica* da comunidade política, que resguarda valores substantivos ao impor limites à atuação do governo, como a distribuição de competências, funções e aos direitos fundamentais, dentre eles, a própria democracia.²⁹¹ A perspectiva de

²⁸⁸ DWORKIN, R. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

²⁸⁹ Caso esses direitos sejam observados pela Constituição, Dworkin entende que não há nada de antidemocrático na permissão que o país confere para a interpretação de leis por juízes. Como Michelman explica a respeito da posição de Dworkin: "(...) you have to admit the practical possibility that an independent judiciary will tend to get closer to the truth than would the great body of the people or their elected tribunes in the legislatures." (MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. p. 19).

²⁹⁰ Segundo Michelman: "Daunting though it may be, the answer seems to be 'yes', in view of the moral and material importance that people quite reasonably attach to the contents of many of these basic laws, these laws of lawmaking. And yet I suspect we will always feel (...) an impulse to exclude the laws of lawmaking from democracy's procedural purview – to restrict the domain of procedurally democratic decision to whatever further political choices the laws of lawmaking leave open, while leaving those laws to be decided by right and true reasoning about what it means for a lawmaking system to be democratic." (MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. p. 24).

²⁹¹ Segundo Dworkin: "If it is true that self-government is possible only within the community that meets the conditions of moral membership, because only then are we entitled to refer to government by 'the

Dworkin sobre a democracia leva à exclusão das leis fundamentais do domínio dos procedimentos democráticos – elas não se submetem aos processos deliberativos *regulares* existentes na comunidade.²⁹²

Deve-se lembrar que, no momento da aplicação da norma aos casos concretos, sempre existirá algum grau de interpretação dos signos linguísticos disponíveis na gramática normativa e a construção constitucional será o produto da hermenêutica de cláusulas constitucionais, de precedentes e da doutrina. Por isso, Dworkin defende a *leitura moral* das cláusulas centrais da Constituição que garantem direitos que se apresentam de forma abstrata.²⁹³ A liberdade de expressão e o devido processo legal são dois exemplos, de maneira que o intérprete precisa estar cômico de que a compreensão destes direitos envolve não apenas uma leitura “literal”, mas também um conjunto de outros dispositivos normativos paralelos.²⁹⁴

people’, in a powerful communal rather than a barren statistical sense, we need a conception of democracy that insists that no democracy exists unless those conditions are met.” (DWORKIN, R. *Freedom’s Law*. p. 24).

²⁹² Nos termos de Dworkin: “Democracy means *legitimate* majority rule, which means that mere majoritarianism does not constitute democracy unless further conditions are met. It is controversial just what these conditions are. But *some* kind of constitutional structure that a majority cannot change is certainly a prerequisite to democracy. There must be embedded constitutional rules stipulating that a majority cannot abolish future elections, for example, or disenfranchise a minority.” (DWORKIN, R. *Constitutionalism and Democracy*. In: *European Journal of Philosophy*. v. 3, 1995. p. 2).

²⁹³ Ver a análise do caso *Riggs v. Palmer* (1889) realizada por Dworkin em: DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

²⁹⁴ Dworkin defende que essa interpretação deve envolver valores ou princípios político-morais que o intérprete possui responsabilidade por “filtrar”. (Cf. DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*.) Segundo Michelman: “Such a distillation, Dworkin maintains, simply cannot be accomplished without putting into the brew some of the interpreter’s own substantive vision of the proper ends and ideals of government.” (MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. p. 26.). A teoria da leitura moral sofre, porém, com o seguinte problema: os agentes habilitados para realizá-la são justamente aqueles que estão distanciados da realidade política e, a não ser que deixem de lado o tribunal pela tribuna e desvirtuem sua própria função burocrática, não irão desenvolver a *sensibilidade* para a resolução dos problemas morais ou de valores. A crença demasiada no juiz – ainda que apresentada de maneira normativa, ou seja, como deveria ocorrer a adequada interpretação das normas jurídicas – leva Dworkin a nomear de hercúlea a tarefa de interpretar o texto do sistema normativo e procurar, em suas tramas, a construção da *melhor narrativa* para a resolução do conflito. Contudo, uma das habilidades (fundamentais) para o desenvolvimento dos “trabalhos” não está presente e dificilmente poderá ser desenvolvida a contento. A teoria normativa de Dworkin é robusta, a mesma robustez pode ser observada em Hércules e Aquiles. A metáfora do tendão, ou do calcanhar serve para apontar para a crença de que a tarefa sobre-humana da interpretação das normas poderá ser alcançada por um humano com defeitos. Não se perde de vista, novamente, o caráter normativo, este deveria ser o ideal da interpretação do sistema jurídico, mas aquilo que constitui o “calcanhar” na tarefa hercúlea é justamente que este se torna um *outro*, para que a tarefa interpretativa de Hércules ocorra ele precisa deixar de lado sua natureza divina, se tornar humano e adotar suas perspectivas previamente estabelecidas para fazer a leitura das normas. A grande robustez da teoria contrasta com a fragilidade do depósito das

A questão, para Dworkin, é que um Judiciário independente pode garantir condições racionais para que o indivíduo identifique suas ações políticas com as produções legislativas da comunidade política.²⁹⁵ Dworkin procura resolver a lacuna que existe entre a produção legislativa com pretensão de universalização e a perspectiva subjetiva individual apostando nos direitos e no papel do Judiciário em resolver conflitos. A garantia do autogoverno para todos é assegurada pelo Judiciário, o controle de constitucionalidade surge, por isso, como o instrumento que, se bem conduzido, *resolve* o problema da dificuldade contramajoritária.²⁹⁶

esperanças nas tarefas de uma pessoa “isolada”. Segundo Dworkin: “Hercules must also face a different and greater problem. If the history of his court is at all complex, he will find, in practice, that the requirement of total consistency he has accepted will prove too strong, unless he develops it further to include the idea that he may, in applying this requirement, disregard some part of institutional history as a mistake. For he will be unable, even with his superb imagination, to find any set of principles that reconciles all standing statutes and precedents. This is hardly surprising: the legislators and judges of the past did not all have Hercules’ ability or insight, nor were they men and women who were all of the same mind and opinion. Of course, any set of statutes and decision can be explained historically, or psychologically, or sociologically, but consistency requires justification, not explanation, and the justification must be plausible and not sham. If the justification he constructs makes distinctions that are arbitrary and deploys principles that are unappealing, then it cannot count as a justification at all.” (DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. p. 119). Logo, para Dworkin, não há razões para atribuir a outro grupo condições melhores para lidar com o argumento moral, pois, se existe, aquilo que deveria ser substituído seria o processo de escolha dos juízes e não as técnicas de julgamento que eles usam. Por isso, um ceticismo ante a ausência de democracia de Hércules não é suficiente contra as técnicas de adjudicação do magistrado, ainda que elas possam servir como “um útil lembrete” de que ele pode estar errado em seus julgamentos políticos, e de que *ele* deveria decidir seus casos com humildade.

²⁹⁵ Para Michelman: “On the moral reading theory, those popularly enacted clauses contain too small a share, of the total sum of operative constitutional meaning that is to be made. Too much meaning remains open at the point of promulgation and ratification of the constitutional text by popular forces. Insofar as democracy is about self-government, democracy means the people deciding for themselves, by political procedures, the politically decidable conditions of social life in which they have moral or material reason to take an interest. It follows that, if someone is going to use “moral readings” of highly interpretable constitutional texts to resolve for the country such basic and contested issues of political morality and prudence as those presented by affirmative action, racist speech, gay rights (...), it ought to be acting democratically who do that and not any cadre of independent judges.” (MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. p. 28-29).

²⁹⁶ De acordo com Dworkin: “Perhaps we can discover a basic legal document, like a constitution, that says either explicitly or implicitly that the judges must follow the legislature. But what imposes a duty on judges to follow the constitution? We cannot say the constitution imposes that duty without begging the question in the same way. If we were content to say merely that judges *ought* to follow the legislature, or the constitution, then the difficulty would not be so serious.” (DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. p. 49). A posição de Michelman é a de que: “On the face of it, Dworkin’s message is a happy one. It offers resolution of an apparent contradiction between two of our deepest (professed) political desires – for a government of laws, for self-government. His arguments seems meant to reassure and persuade us that we really can reconcile a democratic aspiration to political self-government *by everyone* with the practice of letting a few judges decide the applied contents of the country’s basic laws. But I think the real, darker-hued, message is that there is no such reconciliation to be had. And this bring us back at last to the crushing

A democracia continua a se atrelar a uma ideia normativa, a um conteúdo, por mais que este próprio conteúdo possa ser objeto de disputas. A democracia, em seu núcleo duro, demanda procedimentos para a tomada de decisões coletivas, para que os *muitos* possam decidir, ou seja, orientar as ações realizadas na esfera política. Uma decisão política não pode ser tratada como democrática se um determinado conjunto de valores não é observado.

Por isso, os participantes precisam de igualdade, independência, liberdade e segurança. A própria democracia demanda, então, uma espécie de *registro prévio* no núcleo duro do sistema normativo. Em suma, a base fundamental da democracia deve estar protegida nas normas fundamentais da comunidade política.

A questão circular, se a democracia pode decidir a questão do significado da própria democracia, abrange outro problema. Para que alguém possa avaliar se um determinado procedimento respeitou as regras da democracia, se ele foi democrático, a resposta precisa ser antecipada. Só é possível dizer que o procedimento *foi* democrático, se um determinado conjunto de valores prévios é estabelecido como meta a ser atingida pelo procedimento. Por isso, não é possível deixar que a democracia decida o próprio conceito de democracia sem qualquer *mediação institucional*.

Por tais razões um determinado conjunto de valores é excluído do debate democrático, em específico, os próprios valores que são as *condições de possibilidade* para que deliberações ocorram. De acordo com Michelman, essa lógica arrefece a democracia, reduz seu espaço de decisão, impede que ela vá até onde ela gostaria de ir, ou seja, no núcleo da legislação fundamental do país. Por isso: “O paradoxo da democracia está agora em plena expansão.”²⁹⁷

logical objection I mentioned before, against the very idea that the contents of the laws of lawmaking could themselves be within the keeping of a democratic procedure to decide.” (MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. p. 32). Cf. BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

²⁹⁷ “The paradox of democracy is now in full bloom.” (MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. p. 34. Tradução livre).

O constitucionalismo defende, diante do cenário apresentado, que o governo seja submetido às razões expressas nas normas,²⁹⁸ estabelece valores *a priori*, que não estão sujeitos a negociação, os quais irão formar os princípios basilares do sistema normativo. Eles garantem a base do constitucionalismo segundo Habermas,²⁹⁹ a cultura política compartilhada entre cidadãos que se reconhecem como membros da *polis*. Trata-se dos compromissos, das *promessas* constitucionais que uma comunidade política realiza para si própria. Há uma evidente aposta, nesta esfera, na possibilidade da conquista da liberdade por meio das leis, aposta que leva novamente ao paradoxo da democracia.

Por isso, entende-se que, como duas pontas de um laço, constitucionalismo e democracia precisam estar tensionados para formar um Estado democrático de direito, ante a insuficiência democrática do puro Estado de direito, o qual acaba usualmente por remeter aos Estados autoritários que se autolegitimaram juridicamente no século XX, mas que, em termos fáticos, estiveram fundados em golpes de Estado.

Tem-se um *imperativo* legado para o século XXI. Não é mais possível articular de forma independente as categorias que definem o Estado, a democracia, o Direito. Precisa-se de *procedimentos democráticos* que garantam a produção constitucional, precisa-se de um certo fechamento sobre aquilo que nos constitui e também uma abertura sobre aquilo que está por-vir, sobre as novas formas de *vida* que as pessoas podem decidir para definir suas organizações políticas.

Se a longa e sinuosa estrada do direito pode levar até várias portas, uma delas é a que fica na esquina do autoritarismo, em que, ao invés das duas

²⁹⁸ “If the social rule theory is to be plausible, therefore, it must be weakened at least to this extent. It must purport to offer an explanation of what is meant by a claim to duty (or an assertion of a normative rule of duty) only in one sort of case, namely, when the community is by-and-large agreed that some such duty does exist. The theory would not apply in the case of the vegetarian, but it would apply in the case of the churchgoer. This weakening would not much affect the application of the theory to the problem of judicial duty, because judges do in fact seem to follow much the same rules in deciding what to recognize as the law they are bound to enforce. But the theory is not plausible even in this weakened form. It fails to notice the important distinction between two kinds of social morality, which might be called *concurrent* and *conventional*.” (DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. p. 53)

²⁹⁹ Cf. HABERMAS, J. *The inclusion of the other*.

pontas enlaçadas do direito e da política, têm-se a *distensão*, o domínio autoritário que obstrui a democracia, submete os indivíduos, sujeita o direito e não habilita outros caminhos políticos ou outras definições indenitárias, derrota a *natalidade*.

A dicotomia estabelecida entre a Constituição com um conjunto de leis *heterônomas* e o povo como detentor da autolegislação (da *autonomia*), não funciona para expor a relação que oscila entre o estranhamento e a complementação, a reciprocidade, entre os dois lados da moeda. A democracia constitucional trabalha no campo da combinação árdua entre limites jurídicos e a soberania popular e deriva sua legitimação deste contínuo processo de (dis)tensão.

As constituições podem representar a vontade geral, normas com pretensão de universalidade ou normas que representam o compromisso, a *promessa política* de uma comunidade. Elas também correspondem a uma estabilização da soberania popular, na forma democrática, fornecendo ao povo normas que podem ser coercitivas, e, também, capacitadoras. Ainda, sustentam o *acordo intergeracional* que precisa estar aberto para atualizar liberdades.³⁰⁰

A continuação do questionamento acerca *daquilo* que nos constitui em um mundo que se pretende secularizado conduz ao conceito do poder constituinte. A questão da *anterioridade* é complementada com a indicação das diferentes teses sobre os momentos em que o Povo se manifesta na definição das estruturas que organizam a comunidade política. Apresenta-se, na

³⁰⁰ A ideia de atualizar liberdades é construída a partir do paradoxo da autolegislação. A capacidade do indivíduo para definir regras para si mesmo não ocorre em um mundo sem leis anteriores, em um lugar com restrições previamente definidas. A formação de tais limites é gradual e histórica. As instituições formativas da sociedade, para Robert Pippin, são racionais, pois isso é que possibilita o sujeito, como um produto seu experimentar as demandas dos outros como *razões*. Contudo, há a necessidade da aceitação, do endosso individual das normas, no processo do endosso autoreflexivo há a liberdade individual, uma forma de liberdade do arbítrio; logo, todos os valores podem ser considerados como tais se o sujeito consegue reconhecer a si mesmo neles. O sujeito precisa se identificar com os valores, as promessas, os projetos e tal identificação demanda, ademais, um certo conjunto de *razões*. A atualização da liberdade demanda a relação com a própria subjetividade e com os *outros*. Trata-se do processo histórico da produção de leis em uma comunidade. A atualização da liberdade é uma relação subjetiva específica, procura reconstruir a ideia central, está baseada na *vontade*, na tradução de uma intenção para o plano objetivo, a passagem do meio subjetivo para o objetivo. A manifestação externa de algo que é compreendida como a manifestação de si mesmo. Cf. PIPPIN, R. B. *Hegel's practical philosophy: rational agency as ethical life*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; NEUHOUSER, F. *Foudantions of Hegel's Social Theory*.

sequência, duas análises, que se colocam sob a guarida das tradições liberal e republicana, acerca da elaboração das respostas sobre *quem fala* e *quem pertence* ao “nós” ou ao “eles mesmos”: o Povo.

4. Poder Constituinte

Um dos desafios conectados ao problema da fundação (da Nação) é a explicação da origem do poder constituinte. O ato de criar uma Constituição, a estrutura política e jurídica de uma sociedade demanda respostas para a origem do poder e a legitimidade dele. Diferentes perspectivas podem ser atribuídas para tais dilemas, mas é um ponto relativamente pacífico a existência de um vão entre duas constituições, ou entre a ordem social e política anterior e o novo momento vivido por aqueles que irão definir a norma fundamental do país. Ulrich Preuss afirma que o poder de criar uma Constituição é o poder de criar uma ordem política *ex nihilo*, ou seja, “do nada”.³⁰¹ Este foi o paradoxo para o qual os republicanos procuraram fornecer uma resposta: como *algo* é criado a partir do *nada*?

Em termos históricos, esse “hiato interconstitucional” não existe, pois novas constituições são formadas, via de regra, após levantes, revoluções, declarações de independência, mudanças de regime e transições. Não há uma suspensão das atividades sociais para a construção de um novo modelo de sociedade. Usa-se da legislação anterior até que a nova seja produzida, inclusive, a relação entre a *nova* e a *velha* Constituição pode ser equalizada dentro do mesmo texto constitucional. Não é fator fundamental que uma nova Carta constitucional seja editada, a mudança da identidade constitucional pode ocorrer sem que o texto seja modificado por inteiro, já que a gramática constitucional é um dos elementos na construção da identificação que a comunidade política produz de si própria.

Um traço importante que pode ser encontrado no aspecto moderno, pressuposto na produção de uma Constituição, é que as estruturas e os valores da ordem política não são mais inatos ou revelados por uma entidade metafísica superior, mas sim, produzidos racionalmente por seres humanos. Logo, afirma

³⁰¹ PREUSS, U. K. Constitutional Powermaking for the New Polity: some deliberations on the relations between constituent power and the constitution. In: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994. p. 143.

Preuss, o poder constituinte é a versão secularizada do poder divino de criar um mundo *ex nihilo*, de criar uma ordem sem estar sujeita a ela³⁰² (anteriormente).

Se, na esfera teológica, a ideia já edificou sua tradição, pois pode-se imaginar uma entidade metafísica criando o mundo sem “nada” que a anteceda. A transposição do *ato de criação* para o plano material não é tão simples, eis que o *ex nihilo* pode se referir a ausência de um “poder” anterior, se imaginarmos um Estado independente, mas não de uma cultura, de uma realidade, de valores, de uma história compartilhada por aqueles que irão compor a assembleia constituinte.

Mesmo que o momento constituinte guarde uma radicalidade, uma busca por romper com as estruturas sociais e políticas dispostas anteriormente, não estará *completamente liberto* das outras dimensões no momento da produção da Constituição. Abstratamente, seria necessário criar uma *nova linguagem*, uma *nova etnia*, uma *nova cultura*, uma *nova história* “a partir do zero”, para que houvesse a extensão do *ex nihilo* para todas as dimensões que constituem a realidade política e social de um povo.

Trata-se de uma tarefa que antes de ser impossível, não é desejável, ante as experiências totalitárias que marcaram o século XX e que procuraram, de fato, criar uma “nova” raça com o extermínio de todos aqueles que não se adequavam, por exemplo, ao “arianismo”.³⁰³

A relação dos revolucionários, dos membros da assembleia constituinte, daqueles que possuem a tarefa de produzir o novo ordenamento jurídico e

³⁰² PREUSS, U. K. Constitutional Powermaking for the New Polity. p. 144.

³⁰³ É importante observar a relação entre a definição da Nação e os discursos raciais que procuravam determinar a *origem comum* do (bom) Povo, nos termos de Arendt: “Race-thinking in Germany did not develop before the defeat of the old Prussian army by Napoleon. It owed its rise to the Prussian patriots and political romanticism, rather than to the nobility and their spokesmen. In contrast to the French brand of race-thinking as a weapon for civil war and for splitting the nation, German race-thinking was invented in an effort to unite the people against foreign domination. Its authors did not look for allies beyond the frontiers but wanted to awaken in the people a consciousness of common origin. This actually excluded the nobility with their notoriously cosmopolitan relations-which, however, were less characteristic of the Prussian Junkers than of the rest of the European nobility; at any rate, it excluded the possibility of this race-thinking basing itself on the most exclusive class of the people. Since German race-thinking accompanied the long frustrated attempts to unite the numerous German states, it remained so closely connected, in its early stages, with more general national feelings that it is rather difficult to distinguish between mere nationalism and clear-cut racism.” (ARENDT, H. *The Origins of the Totalitarianism*. p. 165).

político da sociedade costuma ser ambivalente com o passado. De um lado, procura-se garantir que as conquistas da “revolução”, da transição, sejam garantidas na Carta constitucional, questões como a configuração do poder político costumam ter este apelo. Também surgem nesse momento ideias de *revolução permanente*.

Do outro lado, o sentido do poder constituinte está na sua capacidade de traduzir o momento constitucional em uma moldura jurídica política estável, o que não significa dizer que ela é “fechada” ou “imutável”. O momento da revolução, da transição, costuma ser caracterizado pela não domesticação, um espaço de *criação*, de manifestações políticas de *alta intensidade*, mas não se espera que eles durem indefinidamente. De acordo com Preuss, ao criar a Constituição as forças revolucionárias estão cavando suas próprias covas, pois a Constituição é o *ato final* da revolução.³⁰⁴

O momento da *criação* liberta as forças sociais oprimidas pelo regime anterior, mas tais forças são direcionadas para a formação de seu próprio regime político e institucional, para que a nova ordem política possa vir até a superfície e regular a vida dos “novos” cidadãos.³⁰⁵ As ações políticas readquiridas pelos revolucionários são, a princípio, não limitadas por regras, instituições ou ordens superiores e são dirigidas pela *vontade de potência*, pelo *pathos*³⁰⁶ do Povo.

A recaptura do poder constituinte pelo povo pode redundar em regimes piores que o anterior. A emergência revolucionária não significa a ascensão da democracia ou a garantia de direitos. Uma sociedade relativamente moderna e organizada pode retroceder drasticamente com um líder autoritário,

³⁰⁴ PREUSS, U. K. Constitutional Powermaking for the New Polity. p. 145.

³⁰⁵ No caso brasileiro, que deve ser entendido na tradição romano-germânica, a urgência por positivar direitos de todas as ordens acabou por produzir uma Constituição extensa, a qual pode ser compreendida como uma espécie de manifestação do “retorno do reprimido”. Isso porque, após o contínuo esfacelamento da ordem normativa promovida pela ditadura militar, a abertura democrática resultou em manifestações populares de diversos setores da sociedade, que até então eram proibidos de participar da esfera pública, os quais buscaram inscrever suas demandas no texto constitucional.

³⁰⁶ O despertar das emoções dos agentes políticos que realizam julgamentos, tomam decisões orientadas pelas paixões.

fundamentalista, genocida, ou a revolução permanente pode redundar em uma guerra civil sem fim, que acaba por deteriorar as instituições do país.

O povo se torna, dessa forma, o repositório das conquistas revolucionárias e de sua futura preservação. Eleva-se o povo à condição de formador do *corpo* institucional, e para que este possa alcançar a melhor forma de sintetizar a vontade popular, adota-se um *grupo de representantes* e garantias adicionais para os cidadãos. Considerados os referidos elementos na tradição de uma democracia liberal, ou de um Estado democrático de Direito.

Nas situações em que conflitos políticos emergem, entende-se que o poder para formular uma solução para os casos deve ser mantido com o povo, uma vez que uma democracia deve preservar a potencialidade da autodeterminação deste.³⁰⁷ Contudo, nem todos os conflitos vão ser submetidos à pura “vontade geral”. As diferentes instâncias do *mundo da vida* precisam ser delineadas, pois, a princípio, nos termos do liberalismo, não é desejável que situações privadas sejam submetidas ao crivo popular.

Um espaço para decisões éticas deve ser resguardado para que o sujeito possa tomar decisões substantivas em relação à sua vida a partir de suas próprias reflexões. Tais reflexões devem estar respaldadas pela não interferência do Estado na vida privada. Ao menos duas questões precisam ser consideradas neste ponto: a) as reflexões éticas do sujeito vão estar mediadas pelo seu ambiente, não existe uma razão solipsística isolada, contudo, mesmo em meio a uma comunidade, deve existir espaço para a formação da *autonomia*, sob pena do convívio com formas autoritárias de governo ou com modelos paternalistas excessivos do Estado; b) a garantia da liberdade negativa deve poder ser concretizada, ou seja, não basta a previsão em um dispositivo legal que os indivíduos possuem a liberdade para reflexão se a imprensa vive sob censura, a reflexão pressupõe a manifestação, o grito, o pedido de socorro, a divergência política radical, protestos, críticas ao governo, em suma, *criticar a*

³⁰⁷ “In the ideal republic the virtuous citizen would be constantly and directly involved in ruling as well as in being ruled. What is meant by ‘virtue’ is of course not altogether clear, but it is more than the merely active citizen now displays. At the very least, perfect citizens will pursue the public good with single-minded devotion and will do so in a direct rather than in a representative democracy.” (SHKLAR, J. *American Citizenship*. p. 11)

própria comunidade e apontar outros caminhos éticos e morais para a condução da vida coletiva – em último grau, pode-se cogitar que a liberdade deve garantir a renúncia à própria comunidade, para aqueles que procuram exílio ou se isolar da vida coletiva.

A reserva de poder garantida ao povo indica também que não existe fonte normativa superior, transcendente. As decisões de uma comunidade são tomadas por seus membros que, normativamente, devem estar revestidos de interesses cívicos quando ingressam na arena pública para deliberar sobre os planos que conduzirão a política. Contudo, deve-se reconhecer que os sujeitos possuem diferentes dimensões em suas existências e que a demanda por um “espírito cívico” pode ser desastrosa, tanto quanto a noção estritamente individualista ou autointeressada também pode ser prejudicial – se todos renunciarem à construção da arena política.³⁰⁸

A perspectiva institucionalista espera que os revolucionários se utilizem de seu inflamado espírito cívico para produzir instituições. O problema evidente é que se espera uma construção de *instituições racionais* de pessoas que se mobilizam por diversas razões, dentre elas, motivações irracionais, como as paixões. Elementos que conflitam com o ideal institucional de racionalidade e estabilização. Não existe a dicotomia entre “Pedro sóbrio e Pedro bêbado”,³⁰⁹ pois o momento constituinte é tipicamente um momento político de *alta*

³⁰⁸ Não causa espanto, portanto, que teorias como a democracia deliberativa – em suas diferentes configurações – tenham sido revisitadas nos últimos anos. No caso da democracia deliberativa, procura-se solucionar a tensão entre interesses privados e os mecanismos de produção do bem comum. A construção argumentativa de consensos proposta por Habermas é um indicativo para o aprimoramento normativo das decisões coletivas, ainda que este projeto também possua limitações estruturais, como a impossibilidade de presença de argumentos irracionais (paixões) na esfera política. Cf. HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Para Chantal Mouffe, a democracia deliberativa promove o deslocamento do político pelo jurídico e pela moral, espaços que se apresentam como terrenos em que decisões imparciais podem ser alcançadas. A retração política está conectada com estes fenômenos. Contudo, no modelo agonístico defendido por Mouffe, estabelece-se uma luta constante entre projetos hegemônicos opostos que não podem ser reconciliados sob o manto da racionalidade. Um deles precisa ser derrotado na esfera política. Trata-se de um confronto real em que devem ser cumpridas as regras do jogo democrático aceita por ambos adversários. Para Mouffe: “Liberal theorists are unable to acknowledge not only the presence of strife in social life and the impossibility of finding rational, impartial solutions to political issues, but also the integrative role that conflict plays in modern democracy. A well-functioning democracy requires confrontation between democratic political positions.” (MOUFFE, C. *Politics and Passions*. p. 10).

³⁰⁹ Cf. ELSTER, J. *Securities Against Misrule: juries, assemblies, elections*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

intensidade, em que os atores políticos não estarão necessariamente “sóbrios”,³¹⁰ ou no controle absoluto de suas faculdades mentais de modo a traduzi-las racionalmente em instituições públicas democráticas.

Em termos fáticos, não é apenas o problema da racionalidade dos atores políticos que precisa ser observado, há também a possibilidade de mudanças institucionais tão profundas que não se pode esperar que as pessoas voltem para suas “vidas anteriores”. As mudanças promovidas por novas instituições jurídicas e políticas produz reverberações na vida “regular” dos sujeitos. O momento do fim da revolução, ou a capacidade de transformar a potência política em instituições é multifacetada e depende de inúmeras variáveis que determinam cada comunidade política constituinte.³¹¹

E é importante, para a averiguação democrática do momento constituinte, saber se as pessoas tiveram a oportunidade de participar da produção do novo projeto político institucional que passará a regular suas vidas. O grau de legitimidade e possivelmente de futura adesão ao projeto constitucional é dependente deste fator.³¹²

³¹⁰ Elster gosta de lembrar que o tema da sobriedade pode ser tratado no seu sentido metafórico, enquanto apresentação de razões pelos constituintes, mas também no sentido literal, eis que existem notas históricas de que nestes momentos as pessoas consumiam álcool em grandes quantidades. Cf. ELSTER, J. *Securities Against Misrule*.

³¹¹ Se a revolução política permanente possui suas limitações, não se pode esperar que pessoas voltem para “suas vidas regulares” após o momento político de alta intensidade. As diferentes formas de transição política entre regimes são um indicativo disto. A questão que é subentendida é a diferença entre momentos políticos “regulares” e momentos políticos em que manifestações ocorrem no sentido da transformação da realidade política e institucional. Um protesto de uma determinada coletividade por aumento salarial que pode ocorrer com relativa regularidade, por exemplo, nos momentos em que o orçamento vai ser aprovado pelo parlamento, pode ser alocado nos casos de “momento político regular”, de modo que é importante que exista uma estrutura política que permita que a própria manifestação por demanda salarial possa ocorrer. Casos em que parcelas expressivas da população se manifestam pela mudança do regime, ao postular pelo fim de um regime ditatorial, a restituição de instituições democráticas (Diretas Já), pela destituição do Presidente (Fora Collor) ou a efetividade da prestação de serviços públicos (manifestações de junho de 2013), podem ser alojados em momentos políticos de alta intensidade, ainda que as demandas e os resultados de cada um dos momentos sejam significativamente distintos. É possível concordar com a diferença proposta por Bruce Ackerman entre os diferentes momentos constitucionais. Contudo, há certa ficção quando isso diz respeito à vida das pessoas – esta não é a principal preocupação de Ackerman – que podem ser radicalmente modificadas após o momento insurgente. Basta pensar que, no momento anterior, enfrentava-se uma ditadura e esta é derrotada, sendo que a nova ordem se caracteriza por instituições democráticas, ou que o regime anterior adotava um modelo escravagista que é proibido. As pessoas não “voltam para suas vidas regulares”, suas vidas foram transformadas de forma significativa.

³¹² Cf. DWORKIN, R. *Virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Outra diferença que pode ser identificada na base do projeto constituinte é se este abrange um número elevado de políticas ou dispõe instrumentos institucionais para *solução de problemas*, de modo que a perspectiva institucionalista privilegia o último modelo, pois a primeira forma, que abrange políticas de diversos níveis, pode ter consequências negativas como a atualização das políticas a momentos históricos posteriores e o enfraquecimento da criatividade política das instituições que se encontram previamente vinculadas de maneira muito estreita ao que foi determinado por gerações anteriores.³¹³

De acordo com Preuss, constituições institucionalistas são céticas em relação ao momento revolucionário que as produziu, por isso, procuram estabelecer a Constituição como *marco final da revolução*, por um hiato entre a política revolucionária e a política regular.³¹⁴

Existem casos, contudo, em que o poder constituinte não foi sedimentado e domesticado em um *texto constitucional* que forneça os instrumentos institucionais para a produção de respostas e decisões a respeito dos problemas enfrentados pelo país. Para que a comunidade possa desenvolver sua identidade institucional, política e jurídica, a sociedade precisa de mecanismos que habilitem as práticas de ações coletivas, a ação política precisa ser disponibilizada considerando a pluralidade dos membros que compõem a comunidade. Tais mecanismos devem habilitar papéis ativos da organização da vida privada e da vida em coletividade, sem que uma esfera colonize por completo a outra.

O próprio conceito de poder constituinte pressupõe tal *potencialidade*.³¹⁵ O problema é que o poder constituinte – constituinte da comunidade política – precisa de uma entidade anterior que lhe forneça uma identidade, que possa

³¹³ “In the public process of transmitting a culture we decide which of our traditions we want to continue and which we do not. The debate on this rages all the more intensely the less we can rely on a triumphal national history, on the unbroken normality of what has come to prevail, and the more clearly we become conscious of the ambivalence of every tradition.” (HABERMAS, J. *The new conservatism: cultural criticism and the historians’ debate*. Cambridge: MIT Press, 1989. p. 263).

³¹⁴ PREUSS, U. K. *Constitutional Powermaking for the New Polity*. p. 147.

³¹⁵ CHUEIRI, V. K. *Constituição Radical: uma ideia e uma prática*. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. n. 58, 2013.

agir na forma de uma *divindade secularizada* e servir de fonte última da legitimidade política para a Constituição. Algo similar pode ser pensado no momento da produção de personagens de um romance, a autoridade “divina” última do autor habilita que, não apenas os personagens possuam sua própria identidade – campo subjetivo –, mas também que a obra literária – o mundo criado no campo ficcional pelo autor – possua uma identidade.

No caso da produção da Constituição há uma disputa por sua *autoria*, já que se trata de um documento usualmente escrito por várias mãos. Em termos normativos, seria desejável que *todas* as pessoas que participam da comunidade pudessem ratificar o conjunto normativo que irá conduzir sua realidade – por isso o recurso à noção de um *contrato* social que forma um povo, uma sociedade.³¹⁶

A analogia com o romance pode ser pensada, ademais, para a “atualização” do conjunto de normas pelas novas gerações que fazem parte da comunidade. Há, via de regra, uma decisão de uma pessoa em ler um determinado romance e “entrar no mundo” construído pela história. A mesma decisão (livre) deveria estar disponível para as pessoas que entram no *mundo da vida*, ou seja, de tomar decisões éticas no sentido da construção da sua própria *narrativa de vida*.

Uma das razões está na quantidade de variáveis que a pessoa precisa lidar na vida material, as quais estarão limitadas no romance. Cada nova pessoa que lê o romance reproduz este mundo previamente estabelecido em sua

³¹⁶ Esse pode ser um argumento contrafático, mas o ideal seria que todas as pessoas efetivamente “assinassem” ou manifestassem seu consentimento de que gostariam de participar da comunidade. Esse consentimento poderia ser tácito ou expresso. De qualquer forma, os problemas materiais que a referida manifestação engendraria são inúmeros em uma sociedade de massas com diferentes gerações e, nem mesmo as teorias contratualistas clássicas demandam essa “assinatura”, eis que se apresentam como esquemas mentais para explicar a vida em sociedade. Contudo, acredita-se que é a partir desse valor liberal basilar – o intercâmbio entre a restrição às liberdades e os benefícios da vida em coletividade – que ao menos duas consequências são derivadas: a) a busca pela emancipação individual, ou seja, o indivíduo precisa ter conhecimento do contrato que está assinando, o sujeito precisa ter acesso à informação, ser educado (em seu sentido libertador); b) a manutenção de instituições públicas nas quais as inclinações dos sujeitos possam ser manifestadas, como no caso da representação democrática e nas eleições periódicas, mas também na possibilidade da afiliação partidária ou na liberdade de formação de coletividades mais “primitivas” como conselhos do bairro ou “clubes” privados, em que impressões da política de grande escala se aproximam da realidade política cotidiana do sujeito.

subjetividade e a obra continua *viva* por intermédio dos outros.³¹⁷ A continuidade da *vida* e da *identidade* de uma comunidade política precisa da vinculação e da atualização das gerações posteriores, o universo normativo precisa ser atualizado e concretizado por novos atores políticos.

No caso do poder constituinte a questão é que, até o advento da modernidade, a legitimação última do “autor” constitucional poderia ser direcionada para o campo teológico. O projeto do Iluminismo e a consequente secularização promovida por ele determinaram um necessário deslocamento das justificações teológicas para o campo privado, e o fundamento justificador das relações políticas passou a ser observado como a apresentação de *razões públicas* que legitimassem a produção do *corpo* político institucional.

O poder divino criador do mundo, assim como das leis da natureza, tinha a seu favor o recurso ao solipsismo.³¹⁸ O poder constituinte secularizado tem atrás de si um hiato, no que tange à explicação da *fonte* do poder, para o qual diferentes personagens podem ser atribuídos. Usualmente o *Povo* é o substituto secularizado da vontade divina. O problema é que o próprio *Povo* também está sujeito a questionamentos a respeito do seu caráter metafísico e a extensão de sua abrangência – quem pertence ao povo?

O *Povo* tem seu corpo físico, porém as representações do seu corpo metafísico não podem ser as mesmas. A modernidade procura romper com essa tradição. Por isso, a questão se torna recorrente, a coletividade é anterior à *Constituição* ou o próprio momento constituinte que cria a coletividade e seu poder constituinte? A Constituição é a manifestação da *identidade* de uma comunidade ou é um ato político de auto-organização de uma comunidade? A definição de *quem* é o *criador* da identidade do sujeito constitucional está vinculada a posteriores determinações da arquitetura da comunidade política.

³¹⁷ Aquilo que se procura enfatizar é que tanto os textos *criam* comunidades políticas como os próprios textos são criações de comunidades de intérpretes. Cada texto constitui uma comunidade e, assim, possui uma natureza ética e política. Cf. FISH, S. *Doing what comes naturally*.

³¹⁸ Deus criou o mundo e não precisa de argumentos anteriores para explicar a criação divina, trata-se de um absoluto, um dogma.

4.1 Nós, o Povo

O movimento ondular da duocentenária Constituição dos E.U.A. foi pontuado por momentos constitucionais em que o *Povo*, ou alguma das instituições ligadas à representação democrática, se envolveu na redefinição e atualização de conceitos presentes na Carta constitucional daquele país. Essa é a tese da democracia dualista proposta por Bruce Ackerman, a partir da qual é possível distinguir os momentos de produção legislativa regular e episódios de produção legislativa constitucional. Tal interpretação faz-se necessária não apenas para a compreensão da identidade do sujeito constitucional, ante uma Constituição que atravessou diferentes gerações e que é efetivamente rígida, mas, também, como modo de observar as atualizações pelas quais a comunidade política foi submetida.

A democracia dualista permite examinar a cisão – que não necessariamente será absoluta – entre momentos de “estabilidade” legislativa, sem que isso signifique o sacrifício dos debates, das argumentações e controvérsias que ocorrem no plano político, e momentos de remodelagem da estrutura constitucional, sua atualização perante novas realidades e a ruptura com conceitos anteriores.³¹⁹

A Constituição dos Estados Unidos se apresenta, ao mesmo tempo, como um diálogo construído entre a academia, profissionais e o povo. Além disso, ela faz parte da identidade histórica, mas também se projeta no futuro, enfrentando

³¹⁹ A definição estabelecida por Ackerman pressupõe a realidade dos Estados Unidos que, além de enfrentar o problema da atualização de um texto antigo, produzido pelos pais fundadores, foi mantida pela tradição criada em seu entorno. Uma identidade histórica do país foi fabricada ao longo dos anos com a Constituição ocupando um papel privilegiado na definição do “nós”. A história constitucional brasileira guarda profundas diferenças com esse vínculo existente nos Estados Unidos. Contudo, entende-se que isto não é um fator que impeça o desenho de analogias entre as realidades políticas e jurídicas dos países, muito menos que haja um bloqueio conceitual para a transposição da democracia dualista para o Brasil. Aquilo que pode ser aproveitado é, justamente, a distinção conceitual e a estrutura normativa “saúdável” (momentos de aprimoramento institucional através de fontes democráticas) percebida no projeto de Ackerman. De maneira minimalista, pode-se afirmar que ao menos a Constituição de 1988, com seus 25 anos, é um projeto que pode espelhar aspectos positivos se comparada com a realidade americana. A produção da identidade dos sujeitos constitucionais vai continuar distinta, contudo, pode-se aprender com a experiência constitucional alheia. Mesmo porque esta serviu (e ainda serve) de inspiração para a construção da nossa própria identidade constitucional, entrelaçada com influências de outras experiências constitucionais que também se encontram presentes na gramática constitucional nacional, como o caso do constitucionalismo alemão e português.

os desafios que lhe são apresentados.³²⁰ A *democracia dualista*, por sua vez, se propõe a expor a distinção entre duas diferentes decisões que podem ser tomadas democraticamente: a decisão pelo *Povo* e a decisão dos governantes. Enquanto estas são realizadas cotidianamente, as decisões originárias do *Povo* são episódicas, raras e demandam condições constitucionais especiais, elas possuem a *chave* para a mudança do funcionamento burocrático que, em linhas gerais, tende a ser estabilizador.³²¹

Por isso, Ackerman assevera que, antes de possuir a autoridade para a produção da lei suprema, um movimento político deve, como condição de possibilidade, envolver um número *extraordinário* de cidadãos que tomem parte da proposta política. Em um segundo momento, devem ser oportunizadas vez e voz para seus adversários, de modo que estes também possam organizar suas forças políticas. Como resultado, uma maioria de cidadãos deve apoiar a ideia em um *fórum deliberativo* do processo legislativo constitucional.

As decisões tomadas pelo governo são habituais, porém, também devem atender a requisitos específicos para que sejam consideradas válidas. Os legisladores precisam ser submetidos ao voto popular, procurar implementar interesses públicos abrangentes, restringindo (na medida do possível) a influência de interesses específicos. Mesmo em condições regulares de produção legislativa, a democracia dualista de Ackerman procura prevenir o uso exagerado da autoridade pelos políticos. Aceita-se a mudança desse cenário quando estes conseguem mobilizar uma parcela bastante expressiva da população, conquistando seu apoio de forma reiterada para a implementação de políticas, eles passam a ter acesso ao momento restrito de produção legislativa

³²⁰ ACKERMAN, B. *We the people*. p. 5. No caso brasileiro, se não dispomos de uma história constitucional democrática longa, por esta ter sido interrompida por diferentes momentos de arbitrariedade, o projeto futuro e presente de tessitura desta identidade é um ponto em comum com o constitucionalismo duocentenário dos Estados Unidos, assim como o enfrentamento dos desafios que lhe são antepostos. Pois, aquilo que se apresenta no horizonte é a necessidade do aperfeiçoamento da ordem constitucional previamente estabelecida, a qual guarda alta densidade significativa na organização das condições políticas vigentes.

³²¹ ACKERMAN, B. *We the people*. p. 6.

constitucional. Para Ackerman, eles ganham a autoridade para proclamar que o *Povo* mudou de ideia e forneceu novas ordens para o rumo do governo.³²²

Pensado em termos de *design* institucional, almeja ser um processo de distinção entre os momentos de produção legislativa regular e os casos em que movimentos políticos conquistam o reconhecimento de ter alcançado o campo especial de poder *falar em nome do Povo*.³²³

A distinção entre os dois momentos pode ser observada como qualificadora da democracia, pois a perspectiva monista requer que a autoridade legislativa seja conferida aos vencedores dos pleitos, mas não possui uma resposta para os casos em que a Suprema Corte invalida leis, trata esta questão como a “dificuldade contramajoritária”.³²⁴ Assim, o monismo se opõe à autorização conferida à Suprema Corte para declarar leis inconstitucionais, por carência democrática.

A tese dualista trata essa questão a partir de outro enfoque, pois abre duas possibilidades: de um lado observa o esforço da Constituição em restringir a atuação de políticos eleitos, os quais precisam de legitimação democrática

³²² ACKERMAN, B. *We the people*. p. 7.

³²³ Sobre a questão da representação, explica Pitkin que: “A ‘polêmica sobre o mandato e a independência’ é um daqueles debates teóricos infundáveis que nunca parecem se resolver, não importa quantos pensadores tomem posição em um lado ou no outro. Ele pode ser sintetizado nessa escolha dicotômica: um representante deve fazer o que seus eleitores querem ou o que ele acha melhor? A discussão nasce do paradoxo inerente ao próprio significado de representação: tornar presente de *alguma forma* o que apesar disso *não* está literalmente presente. Mas, na teoria política, o paradoxo é recoberto por várias preocupações substantivas: a relação entre os representantes na legislatura, o papel dos partidos políticos, a medida em que os interesses locais e parciais se encaixam no bem nacional, a forma pela qual a deliberação se relaciona com o voto e ambas se relacionam com o exercício do governo etc.” (PITKIN, H. Representação: palavras, instituições e idéias. In: *Lua Nova*. São Paulo, n. 67, 2006. p. 30).

³²⁴ De acordo com Alexander Bickel: “The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. There are various ways of sliding over this ineluctable reality. Marshall did so when he spoke of enforcing, in behalf of ‘the people,’ the limits that they have ordained for the institutions of a limited government. And it has been done ever since in much the same fashion by all too many commentators. Marshall himself followed Hamilton, who in the 78th Federalist denied that judicial review implied a superiority of the judicial over the legislative power—denied, in other words, that judicial review constituted control by an unrepresentative minority of an elected majority. ‘It only supposes,’ Hamilton went on, ‘that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former.’ But the word ‘people’ so used is an abstraction. Not necessarily a meaningless or a pernicious one by any means; always charged with emotion, but nonrepresentational—an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.” (BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*. p. 16).

para ter iniciativa para produzir leis; do outro lado entende que, se os representantes procuram ganhar autoridade para mudar a Constituição, há um caminho oneroso a ser trilhado,³²⁵ de modo que devem ser observados os limites para operar o processo legislativo constitucional. Apenas sob tais condições especiais, pode-se dizer que a iniciativa dos legisladores é uma representação do juízo constitucional formulado pelo Povo.

Uma importante característica das Constituições dualistas, segundo Ackerman, é que elas devem prover às instituições a possibilidade de exercer uma função “preservacionista”.³²⁶ A possibilidade de bloquear os esforços no sentido de revogar os princípios constitucionais mediante medidas legislativas estabelecidas por meio de procedimentos regulares. Para ter acesso ao patamar constitucional, devem se dirigir ao processo legislativo constitucional se desejam questionar julgamentos realizados pelo Povo nos momentos específicos em que este ativa sua voz.

Enquanto os monistas tratam o controle de constitucionalidade como presumidamente antidemocrático e se esforçam para encontrar meios de não acabar com a Suprema Corte por inteiro ou para limitar sua atuação, na democracia dualista, a função preservacionista das Cortes é compreendida como parte essencial de um regime democrático. Ao invés de ameaçar a democracia, as Cortes *servem* à democracia ao proteger os princípios conquistados pela coletividade mobilizada contra a erosão promovida por elites políticas, que não conseguiram apoio em suas tentativas de atualização da narrativa constitucional.³²⁷

Tanto os dualistas como os monistas procuram, por meio de suas perspectivas, defender a democracia. Porém, aquilo que é enfatizado pelos dualistas é a rigidez constitucional, não apenas no sentido *formal* ou *procedimental*; formula-se uma demanda qualitativa democrática, um padrão de

³²⁵ ACKERMAN, B. *We the people*. p. 9.

³²⁶ ACKERMAN, B. *We the people*. p. 10.

³²⁷ ACKERMAN, B. *We the people*. p. 10.

legitimação democrático elevado que trata o processo de produção de normas constitucionais como um fenômeno episódico, raro.³²⁸

Outra proposta estabelecida pela democracia dualista trata do controle de constitucionalidade. Enquanto a perspectiva “fundacionalista” (*rights foundationalists*)³²⁹ defende que a principal razão da proteção de direitos se volta para superar decisões inconstitucionais formuladas por instituições democráticas, ou seja, para afirmar a *prevalência* do direito sobre a democracia,³³⁰ os monistas defendem a primazia da democracia sobre o direito, ou seja, o direito não teria legitimidade para derrubar normas produzidas democraticamente.³³¹ Por isso, o dualismo proposto por Ackerman procura defender, ao seu modo, que os direitos sejam tratados como “trunfos”, sem que isto implique o abandono da democracia.

A proposta de Ackerman busca reconciliar o direito e a democracia, mas estabelece critérios procedimentais e substantivos para a identificação dos momentos em que o direito e a política atuam de forma estabilizada e os momentos excepcionais que justificam a passagem de fronteiras de um lado para o outro. A tese dualista defende a *antecedência democrática* na construção

³²⁸ As condições normativas que a democracia dualista impõe para que a mudança constitucional ocorra, poderiam mudar a forma como o parlamento brasileiro acessa, muitas vezes de maneira casuística, o texto constitucional nacional. Se na história brasileira aquilo que pode ser encontrado é justamente uma longa tradição de momentos antidemocráticos, que procuraram reprimir as vozes populares que se organizaram na sociedade, os últimos 25 anos em que a tradição democrática foi mantida poderiam ser um indicativo daquilo que podia ser feito: alterações constitucionais substantivas apenas em casos de mobilização excepcional do *Povo*. Contudo, também pode ser adotado como uma espécie de *guia negativo*, para que alterações constitucionais não sejam equiparadas ao processo de produção legislativa ordinária – situação que acaba por acontecer em termos práticos no país. Uma vez que, apesar de a Constituição brasileira ter adotado a rigidez para a produção de emendas constitucionais, acabam por ser realizadas mudanças no texto constitucional que se equiparam à prática legislativa cotidiana.

³²⁹ ACKERMAN, B. *We the people*. p. 11.

³³⁰ “Hercules is no uprising tyrant trying to cheat the public of its democratic power. When he intervenes in the processes of the government to declare some statute or other act of government unconstitutional, he does this in service of his most conscientious judgment about what democracy really is and what the Constitution, parent and guardian of democracy, really means.” (DWORKIN, R. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 399).

³³¹ E como observa Bickel: “A further, crucial difficulty must also be faced. Besides being a counter-majoritarian check on the legislature and the executive, judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process. Judicial review expresses, of course, a form of distrust of the legislature.” (BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*. p. 21).

da Constituição. A proteção de direitos faz sentido se for afirmada democraticamente em um processo legislativo que produz a Constituição.³³²

Em certos cenários, entende-se que o conjunto de regras anteriores pode representar até mesmo um bloqueio das forças constitucionais originárias, que precisam cortar o cordão umbilical com as instituições anteriores – tanto em revoluções radicais como em transições “pacíficas”, negociadas. Por isso, a anterioridade democrática, nos termos estabelecidos por Ackerman, se apresenta como produtora de um *novo sentido*, está colocada em um patamar qualificado para a produção legislativa constitucional. A identificação do momento “elevado” procura traçar uma linha divisória entre momentos de alta ou baixa intensidade, que representam efetivas mudanças estruturais na realidade pública. Ainda, Ackerman aceita os *riscos* de sua teoria nos seguintes termos: “Enquanto a Constituição original concedeu proteção para a escravidão, ao menos ela não tornou inconstitucional para os Americanos das gerações seguintes reconsiderar a questão (...)”.³³³

No mesmo sentido, fica aberta a possibilidade para o *Povo* exercer o seu direito de mudar de ideia, de aprender com a experiência. Em uma eventual conjuntura na qual a liberdade de religião fosse derrotada e o *Povo* produzisse uma emenda constitucional em que apenas uma religião fosse a dominante, Ackerman afirma que esta emenda, apesar de terrivelmente equivocada deveria ser defendida. Os fundacionalistas negariam a validade da emenda mesmo que esta tivesse sido produzida pelo *Povo*.³³⁴

³³² Ackerman decide pela legitimação democrática em primeiro plano e estabelece a proteção de direitos como tarefa que decorre do momento democrático. Os fundacionalistas, por sua vez, invertem as prioridades, acreditam que a Constituição primeiro deve proteger direitos e, apenas após o estabelecimento da guarda dos direitos, pode-se falar em autorização popular para a produção legislativa. Posto em suspensão, o problema pode aparentar uma espécie de paradoxo. Em termos normativos ou epistemológicos pode ser insolúvel, redundando no problema entre a *formação do povo* e o estabelecimento de normas que habilitem que este próprio povo se manifeste democraticamente. Porém, em termos *históricos* a tese dualista parece prevalecer, eis que o momento constituinte garante a liberdade para os membros da assembleia, para que estes decidam sobre os procedimentos futuros que irão determinar a condução dos trabalhos relativos ao processo de produção da nova Carta constitucional.

³³³ “While the original Constitution gave higher law protection to slavery, at least it did not make it unconstitutional for Americans of later generations to reconsider the question (...)” (ACKERMAN, B. *We the people*. p. 13-14. Tradução livre).

³³⁴ O entricheiramento de direitos, fenômeno que pode ser observado no Brasil assim como na Alemanha, apregoa que uma lista de direitos fundamentais não pode ser modificada, mesmo com um grau de apoio

Pode-se dizer que a Constituição passa a ser fundacionalista no que tange a tal aspecto, mas não necessariamente todo resto do corpo constitucional se torna indisponível. Ackerman, por sua vez, acredita no *Povo* dos Estados Unidos como uma legítima *fonte de direitos*.³³⁵

Isso porque, mesmo nos casos em que os direitos fundamentais não são previstos como cláusulas pétreas, a adesão a alguma forma de “Bill of rights” é fundamental para o projeto do constitucionalismo.³³⁶ O importante legado da tradição liberal em oposição aos regimes autoritários se encontra justamente na adoção de um modelo constitucional que *pressupõe* formas e conteúdos. Deve-se realizar, portanto, um teste entre os dispositivos constitucionais estabelecidos

muito elevado por parte da população no sentido da revogação desses direitos. A Constituição pode ter uma parcela de seus direitos entrincheirada e, países que possuem em seu passado regimes autoritários acabam por defender que certos direitos não possam ser modificados pela vontade popular – perante o risco da mobilização de massas por líderes autoritários. Para Ian Shapiro: “Constitutional arrangements sometimes limit democracy’s range, particularly in separation-of-powers systems such as the United States. But constitutions generally contain entrenched guarantees of democratic government as well. Moreover, they are themselves revisable at constitutional conventions or via amendment procedures whose legitimacy is popularly authorized. Even liberal constitutionalists like Bruce Ackerman agree that critical moments of constitutional founding and change require popular democratic validation if they are to be accepted as legitimate over time.” (SHAPIRO, Ian. *The state of democratic theory*. Princeton University Press: Princeton, 2003. p. 1).

³³⁵ Por outro lado, a experiência histórica de países como a Alemanha, Portugal, Itália e Brasil, por exemplo, é forte o bastante para que existam fundados receios de levantes populares que venham a destruir direitos constitucionais fundamentais. Por isso, a prática de entrincheirar a parte da Constituição que protege direitos fundamentais se faz necessária. As feridas deixadas pelos momentos históricos não tão distantes ainda continuam a cicatrizar lentamente nesses países, e a adoção de novos marcos regulatórios – novas Constituições – é uma espécie de sutura que habilita a comunidade política a produzir uma nova realidade social.

³³⁶ Sua origem está ligada ao momento histórico específico da emergência do liberalismo em oposição aos regimes feudais. Ao contrário do que é almejado por muitos, entende-se que, mesmo ante a “tradição” anglo-saxônica da formulação de “Cartas de direitos” não há uma linha histórica translúcida que leva ao esclarecimento da humanidade, também não é suficiente crer que apenas os direitos fundamentais irão garantir a todos os cidadãos um mundo pacífico, justo e redimido de males. Discorda-se da adoção da Carta Magna como marco histórico “liberal” e “moderno”, assim como do emprego do termo “constitucionalismo” para outros momentos históricos que a modernidade. O uso desmedido das terminologias, ou a falta de cautela conceitual, acaba por esgarçar semanticamente signos que estão muito longe de qualquer neutralidade. De acordo com Akhil Amar: “Originally a set of largely structural guarantees applying only against the federal government, the Bill has become a bulwark of rights against all government conduct. Originally drafted to protect the general citizenry from a possibly unrepresentative government, the Bill has been pressed into the service of protecting vulnerable minorities from dominant social majorities. (...) As we shall see, when we remove modern spectacles and blinders, a rather different Bill of Rights comes into view; (...) after we understand their world and their original vision can we begin to assess, in a self-conscious and systematic way, how much of this vision, if any, has survived – or should survive – subsequent constitutional developments.” (AMAR, A. *The Bill of Rights*. New Haven: Yale University Press, 1998. p. 7-8).

e a realidade empírica, para determinar se, minimamente, os requisitos deste projeto são preenchidos.³³⁷

O constitucionalismo como expressão da limitação dos poderes constituídos, ou seja, limite para aqueles no poder para aumentar seu próprio poder e permanecer de maneira indefinida nele, vai necessariamente enfrentar desafios e oposições.

Para que o debate político possa continuar, direitos são necessários, e aquilo que se espera, normativamente, é que estes sejam produzidos de maneira democrática.³³⁸ Por isso, Ackerman procura identificar conquistas constitucionais derivadas de embates populares: com os pais fundadores, a fundação do governo republicano, as emendas da Guerra Civil e a luta contra a escravidão no sentido de construir uma nova noção de igualdade na Constituição, além de outros *momentos constituintes* que foram efetivados ou que falharam.³³⁹ Tal *narrativa* da história constitucional dos Estados Unidos é articulada para guardar uma *unidade*, a qual é reproduzida como uma forma de *identidade* histórica nacional.³⁴⁰

³³⁷ A defesa de direitos fundamentais como parte basilar de uma Constituição, assim como a demanda para que estes sejam concretizados, não pode ser peça retórica de um Estado democrático de Direito. Isso porque uma das lições que o século XX apresentou foi justamente a de que os direitos fundamentais são as primeiras vítimas de regimes opressores. No caso da democracia dualista, Ackerman está expressamente defendendo um modelo para os Estados Unidos e, de fato, internamente, eles possuem um duradouro regime democrático, ainda que este possua problemas graves desde sua origem como a questão racial. Contudo, esta “tradição” o habilita a apostar suas fichas no *Povo*. No contexto brasileiro, a tese de Ackerman pode ser adotada como projeto normativo, mas o passado histórico limita a adoção por integral da democracia dualista, no meio do caminho acaba por se fazer necessário um conjunto de direitos fundamentais substantivos protegidos pela Constituição.

³³⁸ A questão que pode parecer paradoxal é que as condições mediante as quais o próprio constitucionalismo e quaisquer outros temas que possam vir a ser objeto de questionamento teórico e prático, ou seja, a possibilidade que as pessoas dispõem para debater temas com liberdade nas esferas pública e privada é derivada de um rol de direitos protegidos pela Constituição. Basta pensar no sentido oposto, em países que limitam a liberdade de expressão e de manifestação política.

³³⁹ ACKERMAN, B. *We the people*. p. 19.

³⁴⁰ A diferença em relação ao Brasil neste aspecto é profunda. Das Constituições em sua história questiona-se quais, afora a Constituição de 1988, podem ser tratadas como a canalização ou culminação de manifestações populares em uma Carta democrática de direitos? Pois, o traço histórico que pode ser observado no caso brasileiro é da concentração dos poderes em um governo centralizado, forte, que mesmo nos momentos em que seu poder foi reduzido ou balanceado, procurou manter suas competências por meio do *design* institucional, reprimindo não apenas a participação e o poder dos estados federados, mas também de qualquer levante popular expressivo, sob a argumentação de que estes representavam ameaças para a integridade do corpo da “Nação”. Logo, se a identidade do sujeito constitucional brasileiro pode ser articulada, esta precisa levar em consideração não apenas o passado antidemocrático, mas também, característica que contribui para impossibilitar manifestações contrárias ao governo, o aspecto

A articulação entre o *passado* e o *presente* da história constitucional dos Estados Unidos possui como plano descritivo uma diferenciação, o uso de categorias específicas para compreender a própria identidade constitucional, mas também guarda critérios normativos para o seu prosseguimento, pois os momentos efetivos de participação popular na redefinição desta identidade constitucional foram raros. Assim, Ackerman propõe uma importante questão ao identificar as *continuidades* e as *descontinuidades* que produzem uma identidade constitucional.

Referido aspecto pode ser observado quanto à questão da revolução e a “solução” proposta pelo Federalista, que aponta para a rejeição da revolução permanente, mas valoriza a atividade política que envolva o cidadão em assembleias que procurem determinar o bem comum. Ao mesmo tempo, o Federalista rejeita a amnésia revolucionária, pois acredita na mobilização e no engajamento necessários para que se atinja o estágio de produção constitucional: “Quando estas condições não se aplicam, os oficiais do governo deveriam não ser permitidos fingir que eles falam com a plena autoridade do Povo.”.³⁴¹ Ou seja, em tempos de produção legislativa regular, os políticos devem estar limitados ao seu ofício cotidiano.

Todavia, o próprio processo de produção legislativa regular precisa estar estruturalmente definido. Por isso o Federalista se preocupa com a representatividade política, ao invés de apostar suas fichas em um eventual aumento das virtudes humanas.³⁴² Versa sobre instituições representativas, por meio das quais é possível realizar a mediação entre a vontade popular e a linguagem técnica específica para a produção de leis. A mediação ou tradução

centralizador institucional dos governos brasileiros que, não apenas submetem os estados membros como também contribuem para a preservação de patologias institucionais administrativas e impedem manifestações genuínas do *Povo*.

³⁴¹ “When these conditions do not apply, governmental officials should not be allowed to pretend that they speak with the full authority of the People.” (ACKERMAN, B. *We the people*. p. 171).

³⁴² Papers n. 9 e 10: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*.p. 66-79. Segundo Pitkin: “Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, nos *Artigos Federalistas*, apresentaram o governo representativo como um dispositivo adotado no lugar da democracia direta, porque seria impossível reunir um grande número de pessoas em um único lugar. A representação é assim um ‘substituto para o encontro pessoal dos cidadãos’. Mas ele não a consideram um substituto menor; na verdade, ela promete possibilidades sem precedentes para o governo da América.” (PITKIN, H. *Representação: palavras, instituições e idéias*. p. 35).

de vontades em formas técnicas é o conceito que operacionaliza as instituições políticas modernas e conserva o aspecto democrático das manifestações populares, ainda que limitadas pelo *design* institucional disposto na própria Constituição.³⁴³

Outra questão é a da impossibilidade da representação efetiva da vontade de cada cidadão nas instituições políticas. O recurso à pura democracia direta enfrenta problemas elementares como a disposição e o custo dos mecanismos institucionais para recepcionar as opiniões do povo, bem como a própria demanda demasiado exigente de que os cidadãos tenham consciência pública e cidadã e que participem ativamente de todas as atividades desenvolvidas na *polis*, deixando pouco tempo para reflexões políticas individuais substantivas. O risco de teorias que acreditam na pura democracia direta é o de que acabem por ser uma emulação da própria democracia.

A democracia representativa, por sua vez, apesar de ser mais sofisticada que o romantizado recurso à pura *polis*, também apresenta defeitos. Conta em seu favor a melhora epistêmica dos debates que venham a ser realizados pelos representantes do povo e não pela massa indistinta de pessoas. A representação política, segundo Ackerman, enfrenta o problema da *sinédoque*, ou seja, a figura de linguagem em que a partir de uma parte o *todo* é representado.³⁴⁴

A vontade do *Povo*, que constitui o *todo* é representada pela parte, no caso os representantes. Contudo, não há a transferência direta dos poderes

³⁴³ “That representation is today a significant and widely used concept need hardly be argued. In modern times almost everyone wants to be governed by representatives (although not necessarily by a conventional representative government); every political group or cause wants representation; every government claims to represent. At the same time we are troubled by the difference between sham and real representative institutions, and by the many competing ways in which representation can be institutionalized. The whole issue of representation has recently been reopened in the United States by the Supreme Court’s action in *Baker vs. Carr*, and the resulting concern with legislative apportionment.” (PITKIN, H. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press, 1972. p. 2).

³⁴⁴ Pitkin é elucidativa sobre a questão: “Now, to say that something is simultaneously both present and not present is to utter a paradox, and thus a fundamental dualism is built into the meaning of representation. It has led some writers – notably a group of German theorists – to regard the term as shrouded in mystery, a *complexio oppositorum*. But there is no need to make mysteries here; we can simply say that in representation something not literally present is considered as present in a nonliteral sense. Such a formulation directs us toward two further questions: first, in what sense can something be considered as present although in fact it is not? And, second, who is doing the ‘considering’? On whose view does the existence of representation depend?” (PITKIN, H. *The Concept of Representation*. p. 9).

populares do *Povo* para seus representantes, a vantagem da democracia dualista de Ackerman se encontra justamente na limitação ou na qualificação prévia necessária para se alcançar o *status* de produção legislativa constitucional: “Nós devemos rejeitar sistematicamente a ideia de que o Congresso (ou o Presidente ou a Corte) fala com a voz *genuína* do Povo Americano. Durante períodos de política regular, a vontade política do povo Americano não pode ser ‘representada’ por tais sinédoques ingênuas.”³⁴⁵

Ao contrário do que sucede na prática da política legislativa regular, Ackerman identifica na produção legislativa defendida pelo Federalista uma superação deste momento, tratava-se da produção legislativa constitucional. O *Povo* estava a demandar, por meio de seus representantes, uma *nova identidade constitucional*. Logo, Publius adota uma compreensão semiótica e não da sinédoque em sua tentativa de representar o *Povo* dos Estados Unidos por meio da Constituição.³⁴⁶

A diferença entre aquilo que efetivamente é “a coisa X” e a representação de uma parcela da coisa, sem a pretensão de substituir “a coisa X” representada é um potencial labirinto filosófico. Isto porque a própria *representação* da “coisa X” se torna uma “coisa Y”, portanto, diferente da anterior que a originou e que, por sua vez, poderá gerar a representação sua, formando a “coisa Z”.

Representar pressupõe substituir a outra pessoa, ser “eu-mesmo” enquanto “outro”. No campo das artes, por exemplo, no teatro, esta é a principal intenção, a produção artística está justamente no “outro” que ganha vida pelo “self” do ator. Representar o outro tangencia o impossível, em sua forma radical significaria abandonar a própria vida para “ser” outro que não “eu-mesmo”.³⁴⁷

³⁴⁵ “We must systematically reject the idea that Congress (or the President or the Court) speaks with the *genuine* voice of the American people. During periods of normal politics, the political will of the American people cannot be ‘represented’ by such naive synecdoches.” (ACKERMAN, B. *We the people*. p. 183. Tradução livre).

³⁴⁶ ACKERMAN, B. *We the people*. p. 184.

³⁴⁷ “*Vorstellen* seems to mean simply, as Heidegger emphasizes, to place, to dispose before oneself, a sort of theme or thesis. But this sense or value of being-before is already at work in ‘*present*.’ *Praesentatio* signifies the fact of presenting and *re-praesentatio* that of *rendering* present, of a summoning as a power-of-bringing-back-to-presence. And this power-of-bringing-back, in a repetitive way, is marked simultaneously by the re- of representation *and* in this positionality, this power-of-placing, disposing, putting, that is to be read in *Stellen* and which at the same time refers back to the self, that is to the power

Por isso a compreensão semiótica projetada no Federalista não pretende emular o *Povo*, não possui a pretensão de um falso realismo de falar em nome do todos, mesmo porque o momento histórico permitia que apenas a voz de alguns poucos fosse, de fato, *constituente* – mulheres e escravos, por exemplo, não participaram da assembleia constituinte. Também não procura dizer que o Congresso é o *Povo*, mas se trata de um *retrato* (*Bild*) produzido pelo governo que é uma “representação” daquele.

Logo, visa cumprir uma tarefa muito menos ambiciosa, a da *representação* que não pretende ser a “coisa X”, eis que se contenta em ser um “retrato” ou a “coisa Y”, derivada da “coisa X”. Por essa razão, pode tecer a narrativa constitucional como uma representação semiótica do *Povo*: “*Nenhum grupo pequeno pode ser transubstanciado no Povo através da forma legal. As formas constitucionais são apenas um dispositivo para aprimorar os inevitáveis males da política regular.*”³⁴⁸

O projeto político do Federalista vai além e *estabelece* que o próprio *Povo* só poderia falar em um processo de emenda constitucional, observando-se a participação popular ativa como ocorrido no período das Convenções. Ainda, o espírito deliberativo presente no Federalista procura preservar instituições e *afastar* a política das *paixões*. O projeto constitucional dos Estados Unidos possuía como um de seus fundamentos a tentativa de controlar os interesses particulares e formular mecanismos para a organização popular.

O controle de constitucionalidade se apresenta como forma de impedir que interesses pessoais colonizem por completo a produção legislativa e ultrapassem as barreiras constitucionais. Essa é mais uma faceta da tese dualista, a qual entrega ao Judiciário (o mais *fraco* dos três poderes, segundo

of a subject who can bring back to presence and make present, make something present to itself, indeed just make itself present. This making-present can be understood in two senses at least; this duplicity is at work in the term representation. On the one hand, to render present would be to bring to presence, into presence, cause or allow to come in presenting. On the other hand, but this second sense is implicit in the first, causing or allowing to come implying the possibility of causing or allowing to return, to render present, like all ‘rendering,’ all restitution, would be to repeat, to be able to repeat.” (DERRIDA, J. Sending: On Representation. In: *Social Research*. v. 49, n. 2, 1982. p. 307-308).

³⁴⁸ “*No small group can ever be transubstantiated into the People by virtue of legal form. The constitutional forms are only a device to ameliorate the unavoidable evils of normal politics.*” (ACKERMAN, B. *We the people*. p. 184. Tradução livre).

Publius) a defesa das liberdades individuais, além de ser um corpo intermediário entre o *Povo* e o legislativo, de forma a manter o Legislativo dentro de suas fronteiras.³⁴⁹

Publius é um revolucionário bem-sucedido, consegue acessar o processo de produção de leis constitucionais e a ideia de ruptura política que apregoa é inovadora. *Inaugura*, portanto, em paralelo ao produzido pela revolução francesa, um *novo* formato de revolução, um novo modelo de *re-novar*, de *re-presentar*. É a partir dessas revoluções que se pode falar em um “mundo moderno”, e elas passam então a compor a fonte que os futuros movimentos políticos revolucionários, em diferentes lugares do mundo, adotarão quando se trata de uma revolução. Constituem, assim, um legado semântico e histórico para a fundação da modernidade.³⁵⁰

Assim, o uso do conceito de “revolução” pode acabar por servir para escamotear golpes ditatoriais, a restrição de direitos individuais, os massacres de minorias e, praticamente, qualquer ato político “soberano”, uma vez que o novo líder da revolução ou o novo corpo de membros que “representam” o povo querem alcançar com seu golpe o poder político “constituente”.

Mesmo que sem o apoio do *Povo* (que pode ser apenas temporário, presente em um primeiro momento mas dispensável *a posteriori*), os *revolucionários* se arrogam o acesso à produção legislativa constitucional para

³⁴⁹ Paper n. 78: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. p. 463-471. O projeto de fundação da nação no caso dos Estados Unidos pode ser hoje reconstruído de forma mais apurada, pois documentos produzidos na época em jornais, cartas e diários pelos insurgentes se encontram disponibilizados e é possível ver como eles procuravam manifestar seus pensamentos e construir uma “nova” realidade política para sua comunidade. Esta foi a tarefa de Publius, ao procurar convencer de maneira deliberativa seus concidadãos da importância de uma Constituição para os Estados Unidos no Federalista.

³⁵⁰ Derrida afirma que, se seguirmos Heidegger, o mundo Grego não possuía uma relação com aquilo que *é*, como uma imagem ou representação (*Bild*). Aquilo que *é*, é a *presença*, e isso não era derivado do fato de que a pessoa olharia para aquilo que *é* e teria uma representação sua, como o modo de percepção de um *sujeito*. De modo similar, em outra época – agrupada sobre a unidade do *ser* e seu *destino* –, na Idade Média a pessoa se relaciona com aquilo que *é* como *sendo criado*, *sendo algo que é*, *ens creatura*, pertencendo à ordem criada, que poderia corresponder a Deus de acordo com a analogia daquilo que *é*, mas aquilo que *é* nunca consiste em um objeto trazido diante da pessoa, parado, disponível para o sujeito que poderia possuir uma representação daquilo. Esta será a marca da modernidade, em que aquilo que *é* deveria se tornar aquilo que *é* na *re-presentação*, no *ser representado*, aquilo que torna a *época*, uma *nova era* em relação à anterior: “It is thus only in the modern period (Cartesian or post-Cartesian) that what-is is determined as an ob-ject present *before* and *for* a subject in the form of *repraesentatio* or *Vorstellen*.” (DERRIDA, J. *Sending*. p. 306-307).

poder trabalhar de forma livre na modelação dos direitos que, em termos concretos, acaba por *representar* a supressão de direitos dos indivíduos, ao tolher suas liberdades e seus direitos políticos. O puro poder político “constituente” é uma oportunidade para o ditador se desenredar dos entraves que o constitucionalismo representa para o governo, de se *fazer presente*.

O compromisso com a emancipação dos cidadãos também não é uma preocupação, trata-se, na verdade, da face oposta da revolução, uma revolução que não constitui direitos, não liberta e não limita o governo. A “culpa” desse fenômeno pode ser atribuída ao próprio projeto iluminista, que por acreditar por demasiado no “progresso” da humanidade desconsiderou que a história não se constrói como uma “marcha”, mas sim com avanços e retrocessos, ascensões e quedas, e que as revoluções não são apenas formas de ruptura com políticas opressoras, mas também habilitam que novos regimes sejam piores que os anteriores.

Por isso, é importante que existam condições que possibilitem a produção de diferentes projetos de comunidade, que projetos éticos e políticos plurais possam se manifestar, *ganhar voz*. E, até onde se pode aprender com o passado, com o século XX, a maneira que essas “condições de liberdades” ganham forma ocorre mediante a afirmação de direitos e não de sua supressão – todos temos o direito a ter direitos.³⁵¹ A aposta de Hannah Arendt na política,

³⁵¹ “We became aware of the existence of a right to have rights (and that means to live in a framework where one is judged by one's actions and opinions) and a right to belong to some kind of organized community, only when millions of people emerged who had lost and could not regain these rights because of the new global political situation. The trouble is that this calamity arose not from any lack of civilization, backwardness, or mere tyranny, but, on the contrary, that it could not be repaired, because there was no longer any ‘uncivilized’ spot on earth, because whether we like it or not we have really started to live in One World.” (ARENDT, H. *The Origins of the Totalitarianism*. p. 296-297). Explica Dana Villa que: “This is Arendt’s central concern (again born of the civic republican tradition) with the *institutionalization* and *constitutionalization* of public freedom. This concern (...) is manifest in *The Origins of Totalitarianism*, where Arendt stresses again and again how totalitarian dynamism effectively destroys stable structures of law and institutions, the necessary prerequisites of a *civilized* life. It comes fully into its own in *On Revolution*, where Arendt theorizes the initiatory action of the *modern* revolutionary tradition in terms of its creation (‘founding’) of a constitution and a ‘new space for freedom’. As *On Revolution* makes clear in a hundred places, Arendt thought that public freedom in the modern world demanded the kind of institutional home that only a complex, multilayered federal constitution could give it. (...) Her utopia – if we can call it that – remains a recognizably political structure, one in which legal and constitutional boundaries are taken with the utmost seriousness; one in which *individual* and *political* rights are seen as worldly creations in need of institutional articulation and vigilant citizen protection and oversight.” (VILLA, D. From the Critique of Identity to Plurality in Politics: Reconsidering Adorno and Arendt. In: RENSMANN, L.;

no resgate da “política perdida” na modernidade, possui *status* fundamental em sua obra.³⁵² Por isso, Arendt realiza sua radical distinção entre as formas de revolução.³⁵³

Apesar da falta de originalidade da gramática política ocidental, a revolução se apresenta como uma forma semântica renovada. Sua inovação está no fato de que propõe não apenas a ruptura com o passado, mas também a construção de uma *nova identidade política* para a comunidade.

Outra característica da revolução está no positivo esfacelamento (formal) das formas estamentais do Ocidente. Isso habilita que pessoas comuns possam ter a autoridade para debater, transformar e decidir sobre sua própria comunidade política – não se justifica mais que uma pessoa assuma os poderes do Estado pelo fato aleatório de ela ter nascido em determinada família.

Arendt observa na revolução um novo sentido da *dignidade da vida política*, da mesma maneira projetada no Federalista, em que os revolucionários se apresentam como agentes detentores das virtudes necessárias para fornecer um “novo começo”, para criar um momento de *alta intensidade política*.

GANDESHA, S. *Arendt and Adorno: political and philosophical investigations*. Stanford: Stanford University Press, 2012. p. 102-103). Para Benhabib, o *direito a ter direitos* só pode ser realizado dentro de uma comunidade política na qual as pessoas não são julgadas por características que carregam em seu nascimento, mas por suas ações e opiniões, por suas manifestações e pensamentos. (BENHABIB, S. *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa editorial, 2005. p. 52.)

³⁵² “ ‘The political’ was the ideal. The intention behind it was to combat a different version of the masses than the one which had figured in her analysis of totalitarianism. Although ‘mass society’ remained the danger, the analysis was focused on the phenomenon of ‘work’ and on the transformation of society and politics affected by the modern emphasis upon productivity and economic growth. These and other notions were assembled under the idea of ‘the social’; and behind that idea was her main opponent, Karl Marx, who symbolized the destruction of the Western tradition of politics.” (WOLIN, S. Hannah Arendt: Democracy and The Political. In: *Salmagundi*. n. 60, 1983. p. 6).

³⁵³ Como observado por Ackerman: “If Marx provides the archetype for the social interpretation, Hannah Arendt is the preeminent modern spokesman for the political view. She does not value revolution for its social consequences, but for its transformative impact upon the modern political consciousness. As we shall see, it will be perilous to treat Arendt, any more than Marx, as the last word on these matters. Nonetheless, her book *On Revolution* is a genuinely profound work, which locates the American Founding within a political, rather than a social, interpretation of revolution.” (ACKERMAN, B. *We the people*. p. 204). Sheldon Wolin trata do mesmo tema: “For Arendt freedom resided essentially in the political realm where men could exercise choice. In her eyes, Marx’s exaltation of labor, his claim that it should constitute the principle around which society should be reorganized, represented an inversion of the true hierarchy of values. It meant enshrining an activity that was essentially mindless, routinized and repetitious in place of political action with its drive for the unpredictable and memorable deed.” (WOLIN, S. Hannah Arendt. p. 8).

O momento constituinte não pode ser reduzido a um fenômeno de estrita produção legislativa. Na prática acaba por ser acompanhado pela volatilidade política que lhe é característica. A dignidade especial da política neste momento está na busca por produzir uma “nova era” – o *novus ordo seclorum*. O ato revolucionário traz consigo a ação coletiva que redefine a identidade comunitária, caracteriza-se por uma *promessa* realizada entre os cidadãos na redefinição de seu futuro, por isso, precisa adquirir uma forma, constituir um meio a partir do qual a cidadania possa ser exercida e que novas promessas políticas possam ser estabelecidas intersubjetivamente.

A visão de Arendt de que a revolução dos Estados Unidos foi mais bem sucedida que a francesa está no fato de que aquela conseguiu fundar um *corpo institucional* que manteve ativa a política em sua forma deliberativa, não foi dominada pelo terror e pela violência, que são, “sem voz”. Mas o simples resultado da produção de uma Constituição não é suficiente se esta não guarda valores substantivos que habilitam a vida cidadã, pois é esta que possibilita a produção de uma nova identidade constitucional, não apenas a mobilização das massas.³⁵⁴

Para a tomada da decisão coletiva que precisava ser realizada, “em nome” do *Povo*, os revolucionários da geração fundadora dos Estados Unidos se utilizaram da arena democrática que eles mesmos haviam criado. Entre os importantes legados que deixaram, estão espaços públicos onde a disputa para a definição do “bem comum” pudesse ser realizada. O projeto arendtiano de resgate da dignidade da política deve ser colocado em uma perspectiva normativa e, em alguma medida, Habermas deu continuidade a este projeto por meio de sua comunidade de comunicação ideal.³⁵⁵

Arendt está defendendo o sentido político da revolução, a forma pela qual as pessoas podem produzir suas identidades como cidadãos ativos de uma

³⁵⁴ “For Arendt, the true spirit of revolution has nothing to do with social outcomes, but with the rediscovery of the value of citizenship. Within this political interpretation, a group’s claim to speak for ‘the People’ cannot be impugned by a consideration of their social origins or program.” (ACKERMAN, B. *We the people*. p. 206).

³⁵⁵ Cf. HABERMAS, J. Hannah Arendt's Communications Concept of Power. In: *Social Research*. v. 44, 1977.

comunidade política. Além da qualificação epistemológica que acaba por fornecer ao debate dos momentos revolucionários, o rastro histórico que é deixado remete a outros elementos importantes em seu pensamento como o republicanismo, a tradição (ou sua perda) e o papel (qualificado) que as pessoas devem ocupar na produção política.

Como anota Ackerman, a *natalidade* ocupa um papel fundamental no momento revolucionário e a importância da linguagem da revolução está no *convite* às pessoas da modernidade para levar a sério a cidadania. Além disso, para lembrar que a esfera pública se encontra sempre ameaçada, ela demanda um esforço comum de *renovação* e *redefinição*, um *recomeço*.³⁵⁶

A tese de Ackerman é que a interpretação constitucional deve envolver a *síntese de distintas gerações e experiências*, categoria à qual atribui-se o *nome* de “identidade do sujeito constitucional”, construindo uma *narrativa* que possa incorporar os ensinamentos anteriores, mas que, ao mesmo tempo, possa conferir *identidade própria* para a organização política da comunidade. A *incompletude* e a *abertura* para contingências (a lacuna) demandam a compreensão do passado e a articulação do presente, confrontos interpretativos e reconciliações, sem que isso implique a prevalência necessária de um sobre outro, pois há um espaço para redefinições da tessitura social – ainda que existam critérios bem estabelecidos para que essas alterações possam vir a produzir efeito no *mundo da vida*.

Em suma, quando se trata do processo legislativo constitucional deve-se observar o surgimento de um movimento qualificado que impulse a criação de enunciados, defendidos pelo *Povo*, de maneira *perene*. Tais enunciados combinados com o apoio popular devem ser canalizados para um momento *codificador*, para uma escritura, ou seja, devem ser traduzidos dentro do código linguístico compartilhado pela comunidade se, paralelo ao movimento, existe a pretensão de *perenidade*.

De acordo com a democracia dualista, a Constituição é um instrumento fundamental que habilita as pessoas com uma linguagem e um processo a

³⁵⁶ ACKERMAN, B. *We the people*. p. 220.

produzirem um *autogoverno*, em episódios democráticos. Como qualquer linguagem (que também não deixa de se submeter a um processo, a regras, a um *corpo*) esta pode ser utilizada para projetos futuros emancipadores ou para a destruição das instituições políticas estabelecidas, a escolha final recai na política, na decisão formulada por “Nós, o povo”.³⁵⁷

4.2 O Povo, eles mesmos: o constitucionalismo popular

As raízes históricas que foram o motor para a criação da Constituição, dentro de uma sociedade que protege a liberdade, podem ser objeto de diferentes interpretações, que coloquem ênfase em diferentes personagens históricos e que procurem realizar leituras distintas daquelas que uma “interpretação oficial” procura reafirmar. Em termos mais simples, para que seja possível expor outras narrativas, a história de grupos minoritários ou de agentes históricos que intencionalmente são deixados em segundo plano, deve existir a liberdade para colocar em disputa, publicamente, outras versões da narrativa de uma comunidade.

Não é o caso de se procurar solucionar a seguinte questão: se é a partir da comunidade à qual o narrador pertence e de suas construções socioculturais que surge a possibilidade para que ele produza uma história “contra-hegemônica” ou se, a contrário senso, o direito à liberdade de expressão é “superior” em relação a própria comunidade. Ambos, tanto o direito de pertencer a uma comunidade como a possibilidade de poder se manifestar publicamente, são indispensáveis. Faz-se necessária uma comunidade que proteja liberdades, ou seja, que tenha como seus valores a possibilidade de seus sujeitos se manifestarem livremente em público, assim como uma tutela jurídica para que esta liberdade não venha a ser obstada de maneira injustificada.

Nesse campo, pode-se observar o projeto de Larry Kramer, que procura expor uma leitura do constitucionalismo norte-americano pautada no *Povo*. Esta *versão* da construção do constitucionalismo procura colocar maior ênfase na participação popular para o estabelecimento da identidade do sujeito

³⁵⁷ ACKERMAN, B. *We the people*. p. 322.

constitucional.³⁵⁸ Propõe o *constitucionalismo popular* ao sustentar que os “pais fundadores” possuíam consciência de seu papel em um governo popular, da mesma forma como representavam um *Povo*, o qual, por sua vez, tinha *consciência* de que havia *transferido este poder* para seus representantes, que havia fornecido seu consentimento para que sua representação ocorresse.³⁵⁹ Apesar da *naturalidade* pela qual se pode tratar a questão da representação política contemporaneamente, é importante lembrar que este foi um dos primeiros momentos em que o processo de *transferência* deste poder estava por se concretizar na modernidade.

Kramer, por meio de sua tese, propõe-se a realizar uma leitura histórica do momento constituinte de maneira diferenciada, com ênfase nos seus pontos democráticos, pois identifica que as narrativas históricas acabam por destacar os mecanismos antidemocráticos da produção constitucional dos Estados Unidos, ao apresentar a Constituição como um instrumento que tem como objetivo refrear o *Povo* e diminuir seu papel no governo. Trata-se, portanto, de uma análise descritiva e normativa do constitucionalismo popular.³⁶⁰ Defende que os conceitos devem ser observados em seu tempo, ou seja, há uma diferença significativa de como a leitura do conceito de democracia ou mesmo de republicanismo era feita no século XVIII e os padrões contemporâneos de leitura destes (que também não é pacífica).

Observa-se que o *Povo* era a fonte de poder a partir da qual as instituições políticas puderam ser derivadas. Nessa leitura, o *Povo* não era uma entidade mítica para justificar o governo, pois sua atuação já havia ocorrido no momento revolucionário, nos debates após a independência e nas convenções para adotar a Constituição.

³⁵⁸ KRAMER, L. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

³⁵⁹ KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 5. “(...) I substantially agree with Kramer's contention that we can find in U.S. history a persistent strain of popular constitutionalism—that is, as I understand the point, the deployment of constitutional arguments by the people themselves, independent of, and sometimes in acknowledged conflict with, constitutional interpretations offered and enforced by the courts.” (TUSHNET, M. Popular Constitutionalism as Political Law. In: *Chicago-Kent Law Review*. v. 81 n. 3, 2006. p. 991).

³⁶⁰ KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 5.

O lugar “quase metafísico” que o *Povo* ocupa em interpretações contemporâneas não é despropositado, encontra-se em sintonia com interesses institucionais e com projetos de sociedade específicos que prevaleceram sobre outros. Contudo, se por um lado, podem ser construídas teses que afirmam que os “muitos” sempre foram calados pelos “poucos”, ou seja, que uma elite “burguesa” sempre esteve no poder e pretende usar de mecanismos institucionais para continuar onde se estabeleceu, por outro lado, não é possível dizer que o *Povo* possui uma história marcada apenas por “derrotas” políticas e institucionais no ocidente.

Pelo contrário, pode-se observar que vários projetos teóricos e práticos procuram não apenas aprimorar os mecanismos de participação do *Povo* nas decisões governamentais, mas também procuram aprimorar a densidade epistemológica dos debates que acabam por ser realizados na comunidade política.

Em termos mais simples, se, por um lado, é provável que as “elites” continuem a procurar formas de manter seu poder e de diminuir a democracia, por exemplo, com a manutenção apenas do liberalismo econômico sem o liberalismo político, por outro lado, este modelo de sociedade não é desejável normativamente em uma comunidade política que defende valores substantivos como a democracia, a igualdade e a própria liberdade (pensada em termos não aristocráticos).³⁶¹

Por isso, as teses que defendem uma separação radical entre o direito e a política correm o risco de servir a interesses aristocráticos, por exemplo, ao desconsiderar a importância democrática na produção legislativa sob justificativas de que o *Povo* não é esclarecido. Em sentido oposto, de acordo com um modelo democrático, as fontes normativas de uma comunidade serão

³⁶¹ No caso do Brasil, ainda existe um vasto rol de mecanismos sociais que limitam o acesso popular a estamentos elevados da sociedade. As formas jurídicas se desenvolveram, principalmente a partir da Constituição de 1988, contudo, a efetivação da cidadania e da sociedade civil continua a ser um desafio para o país. A Constituição de 1988 pode ser vista justamente como o espaço em que valores substantivos estão protegidos, não por acaso que em seus 25 anos sofreu (e sofre) ataques de diferentes frentes políticas. Nem mesmo a política, espaço legado ao *Povo* se encontra livre de elites, que se perpetuam regionalmente com governos regidos pela “tradição”, atrelados a nomes familiares ou agentes econômicos poderosos que não se desvinculam dos poderes estatais.

necessariamente repletas de valores plurais, manifestados por agentes de distintas camadas sociais incluindo em suas manifestações paixões e interesses que irão colocar em prova a própria possibilidade de defesa do argumento.³⁶²

Defender uma posição que envolva direitos e democracia implica a assunção de que fronteiras serão construídas e demolidas entre os dois lados em um trabalho sem fim. Trata-se de assumir a perfectibilidade não apenas da política, mas também dos direitos, ou seja, trabalhar com a identidade do sujeito constitucional e também com suas diferenças.

Kramer afirma que, contemporaneamente, uma dicotomia pode ser feita entre os domínios da política e os domínios do direito. O *povo* cuida das tarefas políticas – produção legislativa – e o direito é mantido por uma *élite* de juristas que possuem como tarefa implementar as decisões formais produzidas politicamente. Contudo, essa não foi a realidade que efetivamente perpassou a história constitucional dos Estados Unidos na óptica do constitucionalismo popular, eis que o “(...) constitucionalismo Americano atribuiu aos cidadãos ordinários um papel central e essencial na implementação da Constituição. A autoridade interpretativa final repousava com ‘o povo, eles mesmos’, e as cortes, não menos que os representantes eleitos, eram subordinadas aos seus julgamentos.”.³⁶³

³⁶² É importante ressaltar que diferentes olhares sobre a democracia acabam por endossar a necessidade das *paixões* na arena política. Contudo, a tensão se coloca justamente sobre quais seriam os limites para as manifestações públicas. A tese defendida por Chantal Mouffe, ao mesmo tempo em que critica a demanda contrafática das razões como reguladoras dos discursos políticos, dispõe o agonismo como limite para os embates públicos, ou seja, a democracia é um jogo com polarizações, mas em que não é mais possível aceitar a categoria do “inimigo”, têm-se “adversários” na disputa da definição dos objetivos da vida em uma comunidade. O constitucionalismo popular, por sua vez, abre as portas para que as pessoas falem *em nome* da Constituição e, *em nome* de si próprias, definam as regras do jogo. Se, por um lado, há um aspecto relevante da autodeterminação a ser observado, por outro, a radicalização de diferentes grupos que compõem a comunidade política é uma ameaça para a própria estrutura na qual as pessoas podem se manifestar e para o constitucionalismo popular. Cf. MOUFFE, C. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

³⁶³ “(...) American constitutionalism assigned ordinary citizens a central and pivotal role in implementing their Constitution. Final interpretative authority rested with ‘the people themselves,’ and courts no less than elected representatives were subordinate to their judgments.” (KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 8. Tradução livre).

De maneira “similar” a Ackerman,³⁶⁴ Kramer defende que a produção da Constituição foi um *momento distinto*, consistindo em uma modalidade diferenciada da política e da produção legislativa regular, “Era uma categoria especial de direito”,³⁶⁵ uma *lei política*. Tushnet explica que o constitucionalismo popular é um processo dialógico em que as conversas entre os poderes acontecem em “tempo real”, todos, o *povo* mobilizado, seus representantes políticos e as cortes, apresentam suas interpretações constitucionais. As interações entre os diferentes atores políticos, suas conversas, *produzem a lei*.³⁶⁶ Por isso, no constitucionalismo popular as cortes não possuem prioridade normativa nos diálogos entre os diferentes *poderes* que se manifestam sobre o tema, pouco importando *quando, como* e se elas aceitam a interpretação constitucional defendida pelo *Povo*.

Por possuir atributos críticos de uma lei normal, suas obrigações pressupunham cogência, e seu conteúdo não era apenas uma questão de vontade ou política, eis que refletia normas cujo significado era determinado por argumentos fundados em precedentes, analogias e princípios. Ainda, o discurso moderno realizou uma captura do significado da Constituição de modo que esta passou a se confundir com o “direito” ou com um simples conjunto normativo regido por Cortes. Tal captura ofusca a categoria distinta que qualifica a produção constitucional, seu perfil político-jurídico.³⁶⁷

Para o constitucionalismo popular, a interpretação e a aplicação das leis fundamentais eram dadas não por juízes nem por legisladores, mas pelo *Povo*, eles mesmos. Cabia, ademais, ao *Povo* – entendido como um “corpo coletivo” capaz de ação independente – um conjunto de remédios pelos quais a Constituição seria aplicada contra legisladores errantes. A comunidade possuía o direito e a responsabilidade de agir quando o processo legislativo regular havia falhado e a resistência às leis inconstitucionais poderia ser realizada por seus

³⁶⁴ Apesar de Kramer chamar a democracia dualista de Ackerman de “aristocrática”. KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 197.

³⁶⁵ KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 24.

³⁶⁶ TUSHNET, M. *Popular Constitutionalism as Political Law*. p. 999.

³⁶⁷ KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 24.

membros que continuavam leais ao governo e a seguir suas outras leis.³⁶⁸ Os meios pelos quais a comunidade se manifestava eram plurais, passando por reuniões de grupos com intenções políticas, a prática dos “charivari”,³⁶⁹ protestos em jornais, em convenções e em petições, abrangendo, ainda, atos como o “Tea Party” em Boston.³⁷⁰

Na concepção de Kramer, a distinção entre direitos fundamentais e a mera política era levada a sério, de modo que diferentes argumentos deveriam ser utilizados para tratar de cada assunto. Dessa forma, quando o tema incluía a Constituição a comunidade passava a ter uma *voz ativa*. Problemas envolvendo leis fundamentais eram pensados tanto como questões jurídicas em si quanto como temas cuja autoridade poderia ser estabelecida pelo *Povo*, quando este expressava suas posições por meio dos mecanismos institucionais disponíveis.³⁷¹

A “voz do povo” podia ser vista no próprio controle de constitucionalidade exercido pelos juízes, pois eles tinham como obrigação resistir a leis inconstitucionais, assim como *qualquer* cidadão. Essa era uma obrigação atrelada à cidadania,³⁷² não era derivada de uma posição especial ocupada pelos magistrados, e também não se tratava das normas constitucionais como

³⁶⁸ KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 25.

³⁶⁹ Os *charivaris* eram uma demonstração barulhenta de mascarados para humilhar algum malfeitor da comunidade; se aliam às farsas, aos desfiles e carros alegóricos, à coleta e distribuição de dinheiro e de doces. Eram rituais de justiça popular, em que ocorriam difamações públicas, com canções infames, batidas em panelas, uma serenata de gozação. De acordo com Robert Darton: “O carnaval era um período de crítica, para os grupos jovens, particularmente os aprendizes, que se organizavam em ‘abadias’, dirigidas por um pretenso abade, ou um rei, e faziam *charivaris* ou passeatas burlescas, com música grosseira, cujo objetivo era humilhar maridos enganados, maridos espancados pelas mulheres, mulheres casadas com homens mais jovens ou qualquer um que personificasse uma infração das normas tradicionais”. (DARTON, R. *O grande massacre de gatos, e outros episódios da história cultural francesa*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006. p. 113).

³⁷⁰ “A still better illustration of the role of precedent is the American response to the Tea Act of 1773, which actually reduced the price of tea, but in a way that implied Parliament’s power to impose duties for the purpose of raising revenue and so compelled colonial rebels to destroy the tea rather than permit it to be landed. Under existing trade rules, tea was deemed ‘imported’ once it had arrived in a colonial port. (...) If a ship bearing tea had entered a colonial port, it would not be permitted to leave without offloading its cargo. If the ship did offload, a duty would be paid. If it did not, customs officials would seize the tea and, once again, a duty would be paid.” (KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 18).

³⁷¹ KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 31.

³⁷² “More interesting, and more directly related to Kramer’s work, the people acting politically sometimes (though not always) engage in an interpretive enterprise as well. Our political actions are sometimes efforts to understand who we are as a people, that is, who we have constituted ourselves to be through our history.” (TUSHNET, M. *Popular Constitutionalism as Political Law*. p. 993).

uma forma de legislação submetida ao controle de constitucionalidade, tratava-se do direito de *cada cidadão* em recusar-se a reconhecer a validade de leis inconstitucionais, um dever e uma responsabilidade político-jurídica.

Uma característica importante do momento constituinte dos Estados Unidos é a seguinte: ainda que se trate da produção de uma identidade apresentada como uma ruptura com a tradição inglesa, a herança legada pelo constitucionalismo inglês se faz presente na formação das novas instituições apresentadas pelos pais fundadores. Um exemplo disso é a discussão sobre a necessidade de uma “Bill of Rights”, ou seja, a derrota política e bélica da Inglaterra não implicou uma derrota de toda a *tradição*.

Na acepção de Kramer, os novos dispositivos constitucionais debatidos pelos pais fundadores estavam permeados pelo ideal republicano herdado dos ingleses, porém, procuravam substituir as instituições que já não correspondiam com a realidade da época.³⁷³

O papel do povo na produção da Constituição possuiu defensores e opositores e, na leitura de Kramer, este debate perdurou até o século XIX. Thomas Jefferson defendia a participação ativa do povo na supervisão da Constituição, procurando implementar mecanismos para que o Povo sempre pudesse se manifestar sobre o conjunto de leis que os regulavam. Defendia, portanto, que *cada geração* tivesse o direito de rever o conjunto de leis sob as quais eram regidos, de modo que a produção constituinte se encontraria em estado quase “permanente”. A cada 19 anos uma nova geração teria o poder constituinte concedido para si para se ver livre de um conjunto de normas das quais não fez parte da escolha, logo, não poderia ser “acorrentada” pelas gerações anteriores.

No lado “oposto” da proposta de Jefferson encontrava-se Madison e seu projeto de sociedade articulado no Federalista. Principalmente nos Papers n. 49 e 50 em que Madison se opõe à participação popular na interpretação e na

³⁷³ “The various experiments in institutional form, not to mention ongoing debates about such issues as how to adopt and change a written constitution, testify to how earnestly Americans in this period wrestled with basic problems of constitutional formation and meaning. Historians disagree about how quickly they came to a robust and mature understanding of what it meant to create a written constitution, but all agree that the change thus produced in their thinking was profound.” (KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 40).

aplicação da Constituição. Uma posição que se assemelha a propostas atuais que procuram isolar a participação popular em matérias envolvendo a Constituição. No Federalista n. 49 (que é apresentado como uma resposta a Jefferson) Madison defende que há uma força considerável no que tange à determinação do *Povo* como fonte legítima de poder e que é desta fonte que a Constituição pode ser produzida, mas há um “caminho constitucional” que deve ser mantido aberto para que a decisão do *Povo* possa ser considerada como obrigatória, contudo este caminho se apresenta apenas em ocasiões extraordinárias.³⁷⁴

Jefferson defendia que políticas populares formassem a linha de defesa que protege os limites constitucionais, enquanto Madison apresentava três objeções para a proposta de Jefferson: a) apelos frequentes ao povo privariam o governo de “veneração” e estabilidade; b) haveria a perda da tranquilidade pública e a predominância das paixões na esfera política; e c) o povo não era confiável pois eles ficariam do lado do parlamento em qualquer conflito.

Ainda, Madison defendia que ambições poderiam ser utilizadas para controlar ambições, de forma que as principais violações constitucionais poderiam ser evitadas em sua origem, por isso, o recurso à voz do *Povo* apenas seria necessário em situações extraordinárias. Logo, Madison pode ser visto como um “Federalista típico”, pois aqueles que defendiam a nova Constituição dos Estados Unidos não gostavam do *Povo* “nas ruas”, por isso propunham estilos de política arrefecedores, pelos quais as massas pudessem ser controladas.

Uma das razões estava no passado de manifestações populares como a Rebelião de Shays: “Sinais de agitação popular, (...) os deixou apreensivos. Sua esperança, e o ímpeto por trás do esforço deles, estava na criação de soluções institucionais que pudessem desencorajar as intervenções populares frequentes ao ‘refinar’ eles ou, de outro modo, tornando-os desnecessários.”³⁷⁵

³⁷⁴ HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*.

³⁷⁵ “Signs of popular unrest, (...) made them nervous. Their hope, and the impetus behind their reform effort, was to devise institutional solutions that could discourage these frequent popular interventions by

Contudo, iniciava-se um processo de mudança na relação entre governantes e governados. A revolução, dentre outros legados, havia redefinido o papel do *Povo* e as estruturas oficiais de poder não estavam mais a lidar com o Rei. O soberano passou a ter nova forma, ainda que essas *novas formas* políticas tivessem suas raízes ligadas ao passado colonial, tratava-se de um momento de experimentos de modelos institucionais diferenciados. Um dos aspectos da declaração de independência é que se procurava construir uma nova *identidade* para a comunidade política, mas a nova identidade constitucional não foi produzida a partir de um vácuo institucional de um “marco zero” de formas e substâncias políticas e institucionais. Pelo contrário, ocorrem mudanças significativas, mas todas elas precisam ser pensadas em seu momento histórico específico.

Kramer procura inverter a posição ocupada pelas manifestações populares na história dos Estados Unidos e observa que a atual compreensão que procura limitar a atuação por parte do *Povo* à produção legislativa não corresponde ao papel ocupado por este no século XVIII. Na época, entendia-se que o *Povo* não apenas era responsável pela produção legislativa regular (por meio de seus representantes), mas também incumbia a este a responsabilidade de *aplicar a Constituição*.

O reflexo disso se encontra nos mecanismos constitucionais para a produção de emendas, em que se precisava “salvaguardar” o lugar do povo, uma vez que se estava produzindo uma Constituição escrita. Os redatores da Constituição dos Estados Unidos, na leitura de Kramer, anteciparam a necessidade de revisão das normas constitucionais por meio de emendas. A intenção não era limitar, mas sim, respeitar e preservar a autoridade popular presente nos processos de produção da Constituição.³⁷⁶

A posição ocupada pela Constituição demandava um processo diferenciado para sua revisão, se outra disposição fosse estabelecida, ela poderia ser alterada facilmente como qualquer lei comum. Fazia-se necessário

‘refining’ them or otherwise rendering them unnecessary.” (KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 47. Tradução livre).

³⁷⁶ KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 53.

que a lei suprema ocupasse, assim, o lugar hierárquico superior em relação às outras normas que formavam o ordenamento jurídico. A dicotomia entre norma inferior e superior se tornou uma inovação formulada pelo constitucionalismo dos Estados Unidos do século XVIII, mas a dicotomia, para ser sustentada, precisava para sua diferenciação de condições tanto estruturais como qualitativas.

Para Kramer, os questionamentos levantados pela dicotomia entre a legislação suprema e ordinária se deu pela passagem do direito costumeiro para a forma escrita.³⁷⁷ Assim, o constitucionalismo dos Estados Unidos estava a criar, com esse movimento, um novo *design* normativo. O referido “momento instituinte” sofria, por isso, influências da alta intensidade política do momento histórico.

Os meios para produzir uma nova Constituição ainda tinham como espelho retrovisor os cânones ingleses, logo, restavam poucos precedentes para a produção de uma Constituição escrita. Um exemplo é que as Constituições dos Estados, após a independência, foram adotadas por meio de *processos legislativos comuns*, sem a sua submissão ao *Povo*. Logo eram carentes de uma assembleia constituinte ou condições especiais para produção da lei suprema. Para Kramer, a nova possibilidade de emendas acabou por ser o reflexo das mudanças que norteavam o momento histórico. Um senso de conquista de poder por parte do povo era grande enquanto se decidia sobre a produção da Constituição, a estrutura do governo e seus destinos como comunidade política.³⁷⁸

O mesmo pode ser observado no que tange ao controle de constitucionalidade, o qual foi pensado *originalmente* como um instrumento para

³⁷⁷ Michelman analisa como a Constituição concebida como uma lei popular é diferente da Constituição como uma lei ordinária: “The basic or starting-point difference – the distinguishing trait of ‘popular’ law from which all other differences spring (assuming there are any that matter in practice, which in a way is going to be my question) – is that popular law is law emanating directly from a sovereign people, designed to regulate the operations of the people’s constituted governmental agents, including the judiciary. As a corollary, oversight of those operations to ensure compliance with that law cannot finally be entrusted to the judicial branch of constituted officialdom any more than to the legislative or executive branch. Rather, that work of oversight remains with the people themselves whose law it is.” (MICHELMAN, F. Comment: Popular Law and the Doubtful Case Rule. In: *Chicago-Kent Law Review*. v. 81 n. 3, 2006. p. 1110-1111).

³⁷⁸ KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 56.

controlar a legislação estadual e prevenir usurpações da legislação ordinária no poder da autoridade federal, temas de grande importância para os constituintes nos Estados Unidos na década de 1780. Outras formas de pensar a prevenção para a legislação de baixa qualidade, além do princípio federalista, foram o veto presidencial e o bicameralismo, por se acreditar que os “melhores homens” da comunidade iriam estar presentes, representando o povo, nas duas casas do Congresso.

Os pais fundadores esperavam que os limites constitucionais fossem aplicados na política e sustentados pelo povo ao invés de confiar em Cortes. As pressões realizadas pela população eram uma forma potente de corrigir autoridades indisciplinadas, para Kramer: “Esta é a razão pela qual as cortes e o controle de constitucionalidade foram tão poucas vezes realçados durante a ratificação: membros da geração fundadora possuíam um diferente paradigma em mente.”.³⁷⁹ A ideia de depender de juízes para revogar leis que abusavam de seus poderes não era uma realidade para os participantes dos debates públicos.

Em suma, a Constituição se mantinha como lei fundamental, produzida pelo *Povo* para limitar os poderes dos governantes. Se o controle de constitucionalidade fosse ocorrer, este aconteceria nos termos descritos por aqueles que agiam na esfera política-jurídica, em substituição à resistência popular. De acordo com o modelo de controle de constitucionalidade que Kramer observa no passado dos Estados Unidos, os juízes ocupavam o papel semelhante ao dos legisladores, pois eram representantes da vontade popular, seu papel era o de *traduzir* a vontade do povo em decisões judiciais.³⁸⁰

Isso porque, se a Constituição ocupava a base de todo sistema normativo, garantia autoridade ao legislativo, esta deveria ser observada tanto

³⁷⁹ “This is why courts and judicial review were so rarely featured during ratification: members of the Founding generation had a different paradigm in mind.” (KRAMER, L. *The People Themselves*. p. 91. Tradução livre).

³⁸⁰ Keith Whittington observa que a teoria da supremacia judicial é construída politicamente tanto por atores dentro e fora do judiciário, ela está baseada nas fundações políticas da Constituição fora das cortes: “Constitutionalism outside the courts may also be an important influence on constitutionalism inside the courts, such that in pronouncing their authoritative interpretations of the Constitution judges might take their cues from non-judicial actors.” (WHITTINGTON, K. E. Give “The People” what they want? In: *Chicago-Kent Law Review*. v. 81 n. 3, 2006. p. 913).

por legisladores como juízes. Neste ponto não há nada de diferente na tese defendida por Kramer. A lei deve limitar quais poderes? Todos, e ser cogente tanto para o Legislativo como para o Judiciário, que deve seguir a lei no momento da sua aplicação. O diferencial de sua tese está na remissão das interpretações realizadas pelos juízes a uma forma de legitimação popular.

Leis inconstitucionais deveriam ser rejeitadas por todos, inclusive pelos juízes, eis que eles faziam parte do *Povo*, não estavam em um lugar isolado da comunidade política. De acordo com o constitucionalismo popular, as Cortes agiam como “agentes do povo” para suplementar e aumentar o controle popular sobre a interpretação e a implementação do direito constitucional.

Aquilo que Kramer apresenta como o projeto de um constitucionalismo popular coloca um ponto diferente na linha do debate entre constitucionalismo e democracia.³⁸¹ Eis que, enquanto se reproduz de maneira mimética a oposição entre o conjunto de normas produzidas pelo povo e aqueles que irão aplicar as normas, o próprio *Povo* acaba por ficar com um papel secundário nas discussões. Ainda que ocupe a posição de fonte legitimadora de instituições políticas democráticas e garanta a *origem* democrática dos políticos, ou seja, seus representantes. Há uma inversão das posições, tanto o Legislativo como o Judiciário são instituições que existem e funcionam *por causa* do *Povo*, o qual assume o papel de protagonista na comunidade política.

O constitucionalismo popular identifica que a noção de supremacia judicial ou a ideia segundo a qual os juízes possuem a “última palavra” teve um de seus inícios com o caso *Marbury vs. Madison*. A partir desse caso vários federalistas passaram a endossar a tese de que o Judiciário deveria cuidar da

³⁸¹ Michelman traça as distinções entre os projetos de Bickel e Kramer: “What is more to my point: Bickel’s is a reflection that is thoroughly foreign – even hostile – to the imaginative construction of the people as a distinct, corporate, active, present, sovereign body on which, Kramer reports, the old idea of the Constitution as popular-not-ordinary law was reared. In that construction – by stark contrast to Bickel’s – Congress most decidedly is not a best approximation to a necessarily absent (because fictive) people, any more than the Court is; rather, both branches equally are the real, live people’s subordinate agents bound by the real, live people’s law.” (MICHELMAN, F. Comment. p. 1115-1116) .

interpretação constitucional e que suas decisões passariam a determinar o *sentido* da Constituição para a comunidade política.³⁸²

O novo instituto jurídico só pode ser realizado com a elevação da Constituição à condição de norma suprema, a qual passou a expandir suas funções de organizadora institucional dos poderes, por meio da distribuição de funções e da limitação dos próprios poderes, para uma nova fronteira, qual seja, determinar que a legislação que afronta a Constituição deve ser eliminada do ordenamento jurídico.³⁸³

Pode-se observar que as Constituições procuram impor alguma forma para limitar os parlamentos e, por algum tempo, ressalta Tushnet, a única alternativa que parecia ser apropriada para a supremacia parlamentar estava no controle de constitucionalidade forte dos Estados Unidos.³⁸⁴ Assim, formou-se um debate em torno da forma *forte* do controle de constitucionalidade entre aqueles que advogavam a autorrestrrição, pelo qual as interferências por parte

³⁸² Tushnet oferece duas interpretações possíveis sobre a famosa afirmação de Marshall: “Rejecting the argument that the Court should not substitute its judgment about what the Constitution means for Congress’s judgment, Chief Justice John Marshall wrote. ‘It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.’ Marshall’s statement can be read in at least two ways. One has no implications for the Constitution outside the courts. He might have been saying, ‘Look, if you pass a statute asking us to do something – in *Marbury*, hear a particular class of cases – you can’t keep us from saying what the law is. And the Constitution itself says that it is law – indeed, supreme law.’ On this reading, Marshall’s statement simply refers to what courts do. It has nothing to say about the constitutional duties and powers of other departments, state officials, and ordinary citizens. The second reading, however, does treat the courts and not just the Constitution as supreme: ‘It is emphatically the province and duty of the judicial department – and no one else – to say what the law is. Once we say what the law is, that’s the end of it. After that, no one obliged to support the Constitution can fairly assert that the Constitution means something different from what we said it meant’.” (TUSHNET, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 6-7).

³⁸³ A supremacia judicial pretende que as Cortes possuam a “última palavra”: “Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido, a Suprema Corte indiana talvez seja a única que partilhe o status supremocrático do Tribunal brasileiro, muito embora tenha deixado para trás uma posição mais ativista.” (VIEIRA, O. V. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*. São Paulo, n. 8, 2008. p. 445).

³⁸⁴ Cf. TUSHNET, M. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-and Democracy-Based Worries. In: *Wake Forest Law Review*. v. 38, 2003. p. 824.

da Corte apenas deveriam ser realizadas em casos específicos, e advogados do ativismo judicial, que defendiam que uma postura mais agressiva era necessária para assegurar que os direitos de liberdade fossem garantidos.

O princípio básico do constitucionalismo popular é, em síntese, que cidadãos ordinários são as maiores autoridades no que pertine à interpretação da Constituição.³⁸⁵ Aquilo que o constitucionalismo popular advoga é que, no caso de *dúvida* do papel da Corte no caso, a ideia de uma Constituição como uma *lei política* diferencia a autoridade popular da política na interpretação constitucional e privilegia a deferência à *vontade* do *Povo*.³⁸⁶ Os juízes devem se retirar nos casos de dúvida sobre a constitucionalidade da lei, pois a resolução de tais questões é uma atividade do *Povo*.

O problema que se propõe é: quem é este *Povo*? Quem pode *falar* em nome do Povo? Quais são os movimentos ou *representantes* legitimados para falar perante a dúvida e o silêncio das Cortes? O risco do constitucionalismo popular, endossado com perspectivas orientadas para a *promoção* da democracia, é a captura da estrutura discursiva apresentada por orientações opostas que, direcionadas por um extremismo ideológico, propugnam narrativas antidemocráticas, em nome de um sentido *verdadeiro* e *original* dos textos normativos da comunidade política. Ao se combinar o constitucionalismo popular e a interpretação originalista da Constituição, o resultado acabou por ser, de maneira paradoxal, o *Tea Party* do século XXI.³⁸⁷

³⁸⁵ “(...) their views about the meaning of the Constitution, collectively expressed, reflect the highest authority when it comes to resolving disagreements about what the document permits, forbids, or requires. To someone who embraces popular constitutionalism, it is not enough to say that ordinary citizens can change the text through amendment, whether under the process specified in Article V or via some more informal route, since the undoubted popular authority to make constitutional law neither diminishes nor excludes any concurrent power to interpret it. Nor is it enough to say that ordinary citizens can have views and express their discontent by agitating for change – not if this still means that the final say is formally lodged in some outside body whose mind the community must persuade. Hence, popular constitutionalism can conveniently be contrasted with legal constitutionalism, which formally makes the Supreme Court the final repository of interpretive authority and limits popular participation in amending the Constitution, trying to persuade the Justices to alter their opinions, or seeking to change the Court’s membership through appointments if and when Justices die or retire.” (KRAMER, L. Undercover Anti-Populism. In: *Fordham Law Review*. v. 73, 2005. p. 1344).

³⁸⁶ Cf. MICHELMAN, F. Comment.

³⁸⁷ Como observa Jared Goldstein, no campo da teoria constitucional a ideologia do Tea Party se apresenta como um híbrido de elementos do originalismo e do constitucionalismo popular. Tais formas de observar o direito constitucional foram, usualmente, vistas como incompatíveis. Assim, o Tea Party se apresenta como

O constitucionalismo popular procura deslocar a “última palavra” para o Povo, para além do Judiciário. Contudo, a questão não está relacionada apenas com qual é a instituição ou o grupo de pessoas que vai ter a decisão final sobre alguma matéria controversa que se torna objeto de deliberação pública, mas se vão existir mecanismos institucionais para que esta decisão possa ser objeto de novas argumentações no futuro.³⁸⁸

um movimento originalista, cujo principal compromisso é o de restaurar aquilo que os defensores do movimento entendem como os *princípios fundantes da nação*, uma vez que eles acreditam que os Estados Unidos enfrentam um desastre por ter abandonado os princípios estabelecidos pelos pais fundadores, e querem “resgatar” os princípios “fundacionais” na condução do país e do governo. Isso se realizaria por meio do constitucionalismo popular, pois o movimento propõe métodos constitucionais e procura mobilizar o eleitorado na restauração da “pureza” do momento da fundação e promover o retorno da *verdadeira identidade* da nação. Para o Tea Party, a Constituição incorpora os principais valores sob os quais a nação foi fundada e invoca os pais fundadores como entes “mitológicos”, por isso, tanto o estabelecimento do país como a criação da Constituição são vistos como *milagres*. O movimento rejeita decisões da Corte e trata o Presidente Obama como um defensor de valores “estrangeiros”, não apenas a nacionalidade do Presidente é questionada, mas, principalmente, os princípios que ele defende. “However, the Tea Party movement’s anti-democratic agenda is not unique. In fact, many successful popular constitutional movements expressed the conviction that the Constitution imposes stricter limits on democracy than were contemporaneously observed. In demanding that the Fourteenth Amendment prohibits racial segregation, the Civil Rights movement sought to foreclose a set of Jim Crow policies that millions of Americans had obtained through democratic processes. In arguing that sex discrimination is prohibited by the Equal Protection Clause, the feminist movement likewise sought to foreclose a large set of policy choices effectuating traditional gender roles that had been obtained through democratic processes. By the same token, the gun rights movement seeks to prevent and overturn gun restrictions obtained through democratic processes. In each of these examples, political movements demanded that the people sacrifice political power in order to protect what the movement considered to be a higher value, such as liberty or equality. The Tea Party movement fits neatly within these traditions of popular constitutionalism because it too demands that constitutional limits be enforced on the people’s power to enact a set of policies – most prominently economic regulations – in order to protect what the movement understands to be more fundamental commitments, such as individual liberty.” (GOLDSTEIN, J. A. The Tea Party Movement and the Perils of Popular Originalism. In: *Arizona Law Review*. v. 53, 2011. p. 865). Cf. SOMIN, I. The Tea Party Movement and Popular Constitutionalism. In: *Northwestern Law Review*. v. 105, 2011. E para os céticos em relação ao quão “imaginada” pode ser uma comunidade, sua história ou, ao menos, a história do próprio Tea Party – e seu “resgate” – ver: LEPORE, J. Tea and Sympathy: Who Owns the American Revolution? In: *The New Yorker*. New York, 3 mai. 2010. Disponível em: <http://www.newyorker.com/reporting/2010/05/03/100503fa_fact_lepore?currentPage=all>. Acesso em: 05 ago. 2013.

³⁸⁸ Kramer afirma que a “agenda” do constitucionalismo não trata de uma questão substantiva, mas, de preocupações *institucionais*. A promoção do constitucionalismo popular passa pelo questionamento das (novas) instituições que poderiam fazer com que ele funcionasse: “Still, the range of possibilities opened up by popular constitutionalism can be scary. Things can go wrong. The public can embrace ideas that are horrible or immoral. So can judges, of course, or any elite or oligarch. But, to reiterate a point often made, what defines progressives as progressives is that they have faith in the ultimate common sense of the greater public. This should not be misunderstood as some romantic idealization of democracy and the noble yeoman. As Madison understood full well, courageous leadership is critical, and we need institutions from which that leadership can educate, inform, and help guide the formation of public opinion.” (KRAMER, L. Response. In: *Chicago-Kent Law Review*. v. 81, 2006. p. 1182). Quanto ao papel das eleições para juízes nos Estados Unidos e o constitucionalismo popular ver: POZEN, D. Judicial Elections as Popular Constitutionalism. In: *Columbia Law Review*. v. 110, 2010.

Desse modo, a decisão de um grupo de pessoas em um momento histórico não torna as gerações futuras “reféns” de cláusulas extremamente estritas sobre as quais não podem discutir ou modificar. Seria o caso de se pensar em uma identidade do sujeito constitucional construída apenas em um momento e impermeável para mudanças pelas futuras gerações, as quais progressivamente podem deixar de se identificar com esta identidade. Tratar-se-ia de uma identidade em sentido forte ou “absoluto”, sem espaço para diferenças.

Procurar as vozes silenciadas na história constitucional de um país é muito semelhante a reconstruções históricas que procuram atores que acabam por ser negligenciados pela história oficial, mas este é um recurso que pode ser utilizado por todos os espectros políticos.

Algo que poderia contribuir para os defensores do constitucionalismo popular é a lembrança de que o mundo político é o resultado da estranha mistura entre a realidade e a ficção e que, por vezes, a *simulação*, a *representação* política pode moldar a realidade. Eles poderiam, talvez, duvidar (um pouco) da *presença* e dos representantes do povo, se lembrassem que pensamentos e fatos não podem mais ser localizados *diretamente* no mundo ou percebidos (somente) como objetos *imaginados*, o acesso se faz possível por meio do texto, de mediações linguísticas, como algo representado (*dargestellt*).

Para que seja *viável*, a representação precisa guardar alguma semelhança com o *original*, pois, nos casos em que se distancia muito da realidade, ela pode colapsar. Porém, o inverso também pode ocorrer, se os fatos não tiverem uma *voz*, uma *narrativa* que os represente, podem existir movimentos no sentido de ajustar os fatos à ficção (reformular o presente).

Precisa-se de um traçado do futuro, um *mundo* ou um *projeto* daquilo que ainda não está estabelecido. A ênfase no *presente*, na vontade *desse* povo pode ofuscar não apenas o passado, mas esquecer do futuro. Ainda que as ficções permitam que os *poucos* governem os *muitos*, aquilo que se propõe no constitucionalismo é que *todos* sejam vinculados às leis, assim, mesmo os

poucos podem se encontrar limitados pelas ficções nas quais suas autoridades foram estabelecidas.³⁸⁹

Como adverte Edmund Morgan, dentre as ficções que são aceitas hoje como “autoevidentes” estão aquelas estabelecidas na Declaração de Independência de que todos os homens foram criados de igual maneira e que eles obedecem o governo apenas se este é seu *agente*, seu devido *representante*, derivando sua autoridade deste *consentimento*.³⁹⁰ Em termos de “prova”, seria mais simples evidenciar que os dois princípios referidos, que são basilares para o Estado democrático de Direito, não se relacionam com a *realidade*.

Por isso, deve-se reconhecer que o caráter *ficcional* protege a soberania popular ao invés de ser uma ameaça a ela. Que a soberania do *Povo*, além de ser uma ficção, precisa ser narrada e que as disputas pelos elementos que dão sentido ao “nós” (*We*) ou ao “eles mesmos” (*themselves*) não podem ser divorciados da lembrança daquilo que as *constitui*.³⁹¹ Precisa-se de uma representação do Povo, mediar a *voz do Povo*, da ficção que o povo possui uma voz e que o *Povo* é fiel à sua autoimagem ou sua *identidade*.

Deve-se lembrar dos meios pelos quais o Povo se faz *presente*, para o fato de que o Povo ganha voz pelas mediações institucionais e, nem sempre,

³⁸⁹ Tribe observa que o constitucionalismo popular promoveu uma mudança das posições políticas que se opunham à Suprema Corte e que, em termos gerais, a leitura que Kramer realiza do passado constitucional dos Estados Unidos e do papel do povo em sua definição é “idealizada”. Cf. TRIBE, L. The People’s Court. In: *The New York Times*. New York, 24 out. 2004. Disponível em:

<<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9C06EEDE163AF937A15753C1A9629C8B63>>. Acesso em: 31 out. 2013. Enfatizando a importância da defesa de minorias e os riscos do constitucionalismo popular, Chemerinsky ressaltou que: “The famous *Carolene Products* footnote got it exactly right: when it comes to political powerless minorities, or ensuring the workings of the political process, or safeguarding fundamental rights, the political process – and popular constitutionalism – cannot be trusted. If there is no judicial review, or no judicial supremacy, then the checks on persecution of minorities are dramatically reduced, if not eliminated. Minorities should not need to depend on the majority for their protection.” (CHEMERINSKY, E. In Defense of Judicial Review: the perils of popular constitutionalism. In: *University of Illinois Law Review*. n. 3, 2004. p. 683).

³⁹⁰ MORGAN, E. *Inventing the People: the rise of popular sovereignty in England and America*. New York: Norton, 1988. p. 14.

³⁹¹ “Englishmen of the sixteenth and early seventeenth century affirmed that men were created unequal and that they owed obedience to government because the Creator had endowed their king with his own sacred authority. These propositions too were fictional, requiring suspension of disbelief, defying demonstration as much as those that took their place. How then did the one give way to the other? How did the divine right of kings give way to the sovereignty of the people?” (MORGAN, E. *Inventing the People*. p. 15).

encontra *sua voz traduzida* de maneira adequada dentro das instituições. Apostar as fichas apenas em uma instância institucional enfrenta o risco de conferir poderes demasiados a um poder em detrimento dos outros, além da dificuldade em se afirmar com precisão se os representantes do povo estão falando em nome de seus próprios interesses, de seu partido ou do *Povo*.³⁹²

Logo, entende-se que os processos de formação da identidade do sujeito constitucional precisam ser mantidos abertos. Não apenas no sentido presente-futuro, em que se procuram efetivar mecanismos para que todos aqueles que possuam cidadania possam participar das discussões e das decisões a respeito da permanente estabilização e desestabilização desta identidade, mas também no sentido passado-presente, no que tange à determinação das configurações anteriores dos mecanismos que são compartilhados pela comunidade política e nos processos de disputa histórica sobre as narrativas que explicam a condição contemporânea.

Uma terceira elaboração sobre a questão do poder constituinte passa a ser analisada no capítulo seguinte. Sua adoção na tecedura da tese pode causar algum estranhamento, algum sentimento de estrangeirismo ou uma certa dissonância. O “ponto fora da curva” que Schmitt representa para a tradição liberal é de suma importância e a diferença entre Ackerman, Kramer e Schmitt pode ser vista como ante o grau do *poder* que é conferido ao Povo nas diferentes teses que procuram apresentar o poder constituinte. O objetivo de apresentar a tese de Schmitt é justamente o de explorar um modelo que não apenas aponta os pontos deficitários do projeto liberal, mas também como é possível construir uma teoria *em nome* do passado com ares de *presença*.

Se nos caminhos do constitucionalismo para a democracia a estrada costuma ser traçada por linhas que direcionam para o liberalismo, Schmitt é um caminhar pelo *lado selvagem* (*a walk on the wild side*) da teoria. O endereço, a direção, o discurso de Schmitt é imprescindível, pois é sob ele que uma parte do século XX foi construído, um discurso do *passado* que se fez *presente*, ou *carne*

³⁹² Considerando que sempre há a possibilidade de conflito entre essas três instâncias políticas e que uma defesa radical da democracia direta demandaria uma renúncia a possíveis aprimoramentos epistemológicos das deliberações.

na organização das comunidades políticas. O *retorno* do Leviatã é um sinal daquilo que sempre acabou por estar *presente*, a “melhor” de todas as respostas para o vazio de poder legado pela ausência da figura divina e, ao mesmo tempo, a menos desejável de todas.

5. Leviatã Redux

The enemy must be ugly because beauty is identified with good (...) and one of the fundamental characteristics of beauty has always been what the Middle Ages called *integritas* (in other words, having all that is required to be an average representative of a species; by this standard those humans missing a limb or an eye, or having lower-than-average stature or 'inhuman' color were considered ugly).³⁹³

As fontes de normatividade podem ser observadas de formas distintas. De acordo com Christine Korsgaard, existem ao menos quatro grandes linhas modernas que procuram fornecer argumentos no sentido daquilo que torna um preceito moral normativo.³⁹⁴

O *voluntarismo*, em que as obrigações morais são derivadas de um comando formulado por alguém com autoridade legitimada sobre os agentes para produzir leis. *Deus* ou o *soberano* são os exemplos recorrentes, assim, Hobbes e Schmitt podem ser alocados nesta categoria. O *realismo*, que determina que ordens morais são normativas se forem verdadeiras, e são consideradas verdadeiras se fatos ou entidades normativas podem ser devidamente descritas. No caso, procura determinar valores, obrigações e razões que realmente existem. O *endosso reflexivo*, atribuído aos filósofos que acreditam que a moralidade está fundada na natureza humana, desse modo, a tarefa da filosofia seria explicar quais são as fontes da moralidade, porque os conceitos morais são usados e restringem a conduta das pessoas. Formula-se, então, por meio de razões práticas e não se preocupa com a realidade da moral, mas, se esta é boa para os seres humanos. E, ainda, o *apelo à autonomia*, atribuída ao construtivismo kantiano, que acredita que a fonte da normatividade deve ser encontrada na vontade dos próprios agentes, no fato de que as leis da moralidade são as leis da vontade do próprio agente. A capacidade de realizar

³⁹³ ECO, U. *Inventing the enemy and other occasional writings*. Boston: Mariner Books, 2013. p. 5.

³⁹⁴ KORSGAARD, C. The Sources of Normativity. In: *The Tanner Lectures on Human Values*. Cambridge: Cambridge University, 1992. p. 24.

uma reflexão sobre a própria ação confere autoridade para os seres humanos, e esta é a fonte da normatividade para demandas morais.³⁹⁵

Para a perspectiva voluntarista, acreditar que as vontades ilimitadas dos seres humanos podem ser apreendidas por uma narrativa deontológica é enfatizar por demais o *sollen*, o dever-ser kantiano sem levar em conta os aspectos *materiais* da produção, reprodução e exercício do poder concreto.

Do lado construtivista kantiano, o problema do voluntarismo está no fato de que o soberano pode fazer *qualquer* coisa, ou seja, usar seu poder discricionário, e, além disso, na ênfase da autoridade coercitiva do legislador. A perspectiva kantiana privilegia a *reflexividade*, as razões apresentadas que levam as pessoas a aceitar ou recusar ordens e, no fim do túnel, aquilo que se apresenta não é uma sanção, mas, argumentos racionais.³⁹⁶

Em suma, o voluntarismo precisa de um legislador externo, dotado do poder de sancionar, para tornar a obrigação possível e a moralidade normativa, enquanto o construtivismo demanda um sujeito racional capaz de refletir sobre suas ações, assim, pode derivar a moralidade de artifícios mentais como o imperativo categórico.

Schmitt pode ser visto como articulador de uma teoria fenomenológica, contudo, não deve ser limitado a tal caracterização. Mesmo porque, seria um retrato parcial de sua teoria, a qual possui influência de vários autores, dentre os quais, Hobbes, e, por consequência, a assunção de uma antropologia negativa – projetada no *inimigo*.

³⁹⁵ KORSGAARD, C. The Sources of Normativity. p. 24-26.

³⁹⁶ Para Kant, a autonomia da vontade é um pressuposto para toda moralidade, por isso, esta é ao mesmo tempo abstrata e normativa, a peça-chave para a racionalidade de compromissos morais. Quando aplicada na realidade, cumpre o papel duplo de fundamentar e, também, limitar demandas particulares realizadas em seu nome. A autonomia kantiana é uma parte fundamental da perspectiva moral, a partir da qual princípios específicos podem ser derivados. A característica da moral kantiana, contudo, não trata do mundo como ele é, mas como ele *deveria ser*, fator que implica o uso da razão prática. Um exemplo se coloca ante a questão “O que devo fazer?”, sucedida pela resposta do imperativo categórico. Assim, Kant procura articular a prática com a noção teórica do dever. O cerne da filosofia prática precisa ser entendido em termos deontológicos, não trata daquilo que acontece, mas do que *deve acontecer*. Isso possibilita a tese de contrato social kantiano ser colocada para além do plano do *ser*, o contrato social é derivado da razão, trata-se de uma projeção racional que produz limites políticos. Cf. KANT, I. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

O projeto de Schmitt, por outro lado, não deposita suas esperanças no contrato social, mas na decisão do soberano. Enquanto Hobbes está a justificar, com seu experimento mental, a necessidade do soberano para a comunidade, Schmitt, com os pés no chão e ante as ruínas de Weimar, vasculha categorias conservadoras, pré-modernas, para não apenas “remendar” os fenômenos políticos de seu momento histórico, mas para montar uma antítese ao liberalismo.

Schmitt é um ponto fora da linha liberal, um crítico do liberalismo que encontra a *ferida*, a *fenda* que produz o paradoxo para o qual o liberalismo não possui uma resposta adequada: a exceção. Um dos problemas de Schmitt é que sua aposta é em uma espécie de tradição, no *passado*, nas figuras que tomam decisões, na monarquia e na *ditadura*. Se sua crítica ao liberalismo continua, pelas mediações, *presente*, o retrato de seu projeto normativo não é desejável, é a base negativa dos projetos normativos do século XX.

O momento irracional da decisão é aquilo que desloca a estabilidade que o modelo liberal procura depositar em formas normativas. O constitucionalismo liberal é incapaz de dar espaço para a irracionalidade, para paixões que emergem na arena política. Por isso, a crítica à insuficiência do modelo político liberal é traçada no horizonte do próprio liberalismo.

Antes de qualquer soberania do Estado, do rei ou do povo, a ipseidade é o princípio basilar da soberania, a supremacia de um poder (*kratos*) ou de uma força/violência (*gewalt*). A autoimposição da ipseidade, do *primeiro*, do *próprio*, a fonte suprema da “razão do mais forte” como o *direito* garantido pela força ou a força garantida pela lei.³⁹⁷

³⁹⁷ “The turn makes up the whole and makes a whole with itself; it consists in totalizing, in totalizing itself, and thus in gathering itself by tending toward simultaneity; and it is thus that the turn, as a whole, is one with itself, together with itself. We are here at the same time around and at the center of the circle or the sphere where the values of ipseity are gathered together (...)” (DERRIDA, J. *Rogues: two essays on reason*. Stanford: Stanford University Press, 2005. p. 12). Para Derrida, o indecível não é apenas a oscilação ou a tensão entre as duas decisões, o indecível é a experiência daquilo que, embora seja heterogêneo, estrangeiro para a ordem do calculável e da regra, continua obrigatório, trata da decisão impossível enquanto levando em consideração o direito, regras. A decisão que não passa pelo indecível não é uma decisão livre, é apenas uma aplicação programada de um processo calculado. DERRIDA, J. *Force of Law*. p. 24.

A soberania compreendida como ipseidade representa a força da autoconstituição e da autolegislação fundada pela razão que inicia um movimento circular do retorno a si mesmo como seu próprio *fim*. Esse movimento expõe o caráter incondicional, unitário e indivisível da soberania uma vez que ela estabelece ao mesmo tempo sua causa e a finalidade. Assim, a figura aristotélica geradora do primeiro movimento, aquele que realiza o primeiro movimento como pura *atualidade*, como autossuficiência, estabelecendo tudo em um movimento circular que, no fim, volta para si mesmo.³⁹⁸ O modelo da *definição ontológica da soberania*, anota Derrida,³⁹⁹ pode ser analisado tanto na *Metafísica* como na *Política* de Aristóteles,⁴⁰⁰ “o primeiro agente”, aquele que realiza o primeiro movimento é o exemplo para a vida da *polis*, estabelece a circularidade implicada na autossuficiência como o modelo de autodeterminação por excelência.

A tradição de uma teologia política foi mantida por vínculos distintos que procuraram conservar a representação do soberano como uma figura pautada

³⁹⁸ Para Aristóteles: “Os elementos constitutivos não são as únicas causas. Há também as causas externas, como a motriz. É claro, pois, que embora ‘princípio’ e ‘elemento’ sejam coisas diferentes, ambos são causas. Ambos estão compreendidos na denominação de princípio, e aquilo que age como produtor de movimento ou de repouso é um princípio e uma substância. Por conseguinte, de um ponto de vista analógico há três elementos e quatro causas ou princípios; mas os elementos diferem para diferentes coisas, e o mesmo sucede à causa motriz próxima. Saúde, doença, corpo: a causa motriz é a arte médica. Forma, uma espécie particular de desordem, tijolos: a causa motriz é a arte de construir. E, como nos seres naturais – no homem, por exemplo, a causa motriz é o homem, e nos produtos do pensamento a forma ou o seu contrário, haverá num sentido três causas, e quatro noutro. Efetivamente, a arte médica é em certo sentido a saúde, e a arte arquitetônica é a forma da casa, e o homem procria o homem. E por último, além de todas existe aquele que, como primeiro de todas as coisas, a todas move.” (ARISTÓTELES. *Metafísica*. Porto Alegre: Editora Globo, 1969. p. 253). Logo, observa-se um ciclo constante que é estabelcido por um ser cuja ação continua sendo eternamente a mesma, nos termos de Aristóteles: “E, para que exista geração e destruição, deve haver um outro princípio que sempre ajaem diferentes sentidos. É preciso, então, que este segundo princípio aja num sentido em virtude de si mesmo e noutro sentido em virtude de outra coisa – ou de um terceiro agente, ou do primeiro. Ora, forçosamente será o primeiro, pois, a não ser assim, este causaria o movimento tanto do segundo agente como do terceiro. Por isso é preferível dizer: ‘do primeiro’. Foi ele a causa da eterna uniformidade, e uma outra coisa é a causa da variedade; claro está, pois, que ambos conjuntamente serão a causa da eterna variedade.” (ARISTÓTELES. *Metafísica*. p. 257).

³⁹⁹ DERRIDA, J. *The Beast and the Sovereign*. p. 345.

⁴⁰⁰ Para Aristóteles, a cidade-estado precisa de um legislador, qualquer tipo de comunidade apenas terá ordem se tiver alguma autoridade que produza normas, as quais serão definidas por uma “constituição”. Porém, deve-se buscar a explicação que levou a cidade-estado a ter uma “constituição”. A primeira pessoa que cria a cidade-estado é o promotor de grandes benefícios, o legislador (*nomothetes*) é comparado com Sólon ou Licurgo, fundadores da “constituição”. Cf. ARISTOTLE. *Politics*. London: William Heinemann. 1932. p. 165. O legislador é comparado com o artesão, o *criador* (*demiourgos*), um tecelão ou o construtor de navios, aqueles que moldam seus materiais em uma obra *acabada*. ARISTOTLE. *Politics*. p. 199.

pela centralidade da ipseidade (a constituição de si mesmo) e da teologia. As teorias de Bodin e Hobbes podem ser exemplos do papel do modelo divino que determina a *forma* do soberano como representações da imagem de Deus.

Para Bodin, se a justiça é a finalidade do direito, as leis derivadas do Príncipe são semelhantes ao divino, por isso, as leis do Príncipe devem ser modeladas nas leis de Deus.⁴⁰¹ O *modelo* e a *imagem* são usados para definir a soberania, são as *marcas* do soberano, daquele que não é limitado por nada, apenas por Deus, responde apenas ao divino. Para Derrida, pelo fato de o soberano procurar ser semelhante a Deus, há a manutenção do teológico e da ipseidade, a qual não garante uma autonomia para o político, mas afirma sua *dependência* do teológico.⁴⁰²

O modelo apresentado por Hobbes para a soberania, por sua vez, também não é completamente independente da teologia política. Derrida entende que a mirada de Hobbes sobre a soberania não é puramente política, ela retém uma base profunda do religioso, o modelo da *arte divina*.⁴⁰³ A teoria de Hobbes é fundada em um modelo divino de representação, que pode ser observado nas páginas iniciais do Leviatã em que a *artificialidade*, o caráter *animal* do Leviatã, *imita* a arte natural de Deus.⁴⁰⁴

Para Derrida, o apelo de Hobbes à arte de Deus como um *modelo de imitação* provê à teoria dele uma irreduzível originalidade, na *artificialidade*, na *convenção*, na natureza *técnico-prostética* fundada em uma ontoteologia.⁴⁰⁵ Deus está excluído do pacto, do contrato original para Hobbes, mas esta

⁴⁰¹ BODIN, J. *Six Books on the Commonwealth*. Oxford: Blackwell, 1967.

⁴⁰² DERRIDA, J. *The Beast and the Sovereign*. p. 48.

⁴⁰³ “Hobbes, less than a century after Bodin, would also like to save the human autonomy of the institution of state sovereignty, while basing himself on the model of divine art. He will reject the objection of a convention above the human convention, for example a convention with God. And what I would like to emphasize is that this exclusion of any convention with God will be, as it were, symmetrical with another exclusion, that of a convention with the beast. This symmetry of the two living beings that are not man, i. e. the beast and the sovereign God, both excluded from the contract, convention or covenant – this symmetry is all the more thought-provoking for the fact that one of the two poles, God, is also the model of sovereignty, but of a sovereignty, an absolute power, that would here be outside all contract and institution.” (DERRIDA, J. *The Beast and the Sovereign*. p. 49-50).

⁴⁰⁴ “Nature (the Art whereby God hath made and governes the World) is by the *Art* of man, as in many other things, so in this also imitated, that it can make an Artificial Animal.” (HOBBS, T. *Leviathan*. p. 1).

⁴⁰⁵ DERRIDA, J. *The Beast and the Sovereign*. p. 54.

exclusão só pode ser parcial, fator que compromete a emancipação plena do político do teológico.

Hobbes rejeita a possibilidade de um acordo que se coloque acima dos acordos *humanos* uma vez que ele entende como injusto o apelo a um acordo não mediado, o acordo com Deus que justifica a desobediência por parte do soberano.⁴⁰⁶ Contudo, Derrida observa que a exclusão de Hobbes de um acordo com Deus parece ser aplicada apenas para o contrato *imediato*, pois Hobbes aceita que um contrato *mediado* com Deus é possível, visto que há a *mediação* de algum *corpo* que *representa* a pessoa divina, por intermédio de seu *representante* terreno. Logo, o soberano que atua *em nome* de um superior (Deus) possui sua soberania a partir da concessão divina.⁴⁰⁷

Não é apenas a distinção, a dicotomia entre a mediação e a imediação, a *imediaticidade* (a urgência ou presença) que delineiam a lógica da *posse do lugar* divino, da representatividade, mas a possibilidade de uma fundação cristã da política.⁴⁰⁸ O soberano é o *lugar-tenente* de Deus, o possuidor do lugar divino na ausência daquele, o *titular*. Isso demarca o *lugar próprio* da soberania humana, de uma autoridade que é sujeitada, submetida à soberania divina. Há sempre uma processo de “colocar-se no lugar” que pertence a Deus.

Hobbes exclui Deus do acordo político ao invocar a linguagem e a impossibilidade da *resposta* como uma das razões pelas quais Deus, como a besta, o animal, não pode fazer um contrato político, nenhum deles pode explicitar seu *assentimento*, se eles concordam com o pacto.⁴⁰⁹ Essa é, segundo

⁴⁰⁶ “And whereas some men have pretended for their disobedience to their Sovereign, a new Covenant, made, not with men, but with God; this also is unjust: for there is no Covenant with God, but by mediation of some body that representeth Gods Person; which none doth but Gods Lieutenant, who hath the Sovereignty under God. But this pretence of Covenant with God, is so evident a lye, even in the pretenders own consciences, that it is not onely an act of an unjust, but also of a vile, and unmanly disposition.” (HOBBS, T. *Leviathan*. p. 134).

⁴⁰⁷ DERRIDA, J. *The Beast and the Sovereign*. p. 50.

⁴⁰⁸ “(...) there is little doubt, then, that this concept of standing in, of *lieu-tenance*, of the substitute representative of God in the earthly city of human politics and state, is there to justify or in any case leave open the possibility of a Christian foundation of politics, but a mediate, mediated foundation, not breaching, threatening, or reducing the human specificity and autonomy of the political, and therefore the human face of sovereignty and of the convention that founds it.” (DERRIDA, J. *The Beast and the Sovereign*. p. 52).

⁴⁰⁹ “To make Covenants with bruit Beasts, is impossible; because not understanding our speech, they understand not, nor accept of any translation of Right; nor can translate any Right to another: and without

Derrida, a mais profunda definição da soberania absoluta, a qual é liberta dos deveres de reciprocidade – pode-se dizer, não há necessidade de *resposta*, *responsabilidade*. O soberano *não responde*, ele é quem não guarda responsabilidade por seus atos, ele é como Deus, *acima da lei*, *acima da humanidade*.⁴¹⁰

Para Derrida, Schmitt representa um pensador da soberania que ainda está a formular conceitos a partir de termos teológicos e centrados na ipseidade. Isso pode ser observado no direito do soberano para reestabelecer ou suspender o Direito, declarar a exceção. A soberania envolve alguém que decida no que consiste a exceção, se ela existe e no reestabelecimento da ordem. A exceção abrange a suspensão das leis, uma *decisão* em suspender a ordem.

Para se autoconstituir o soberano se retira excepcionalmente da própria *temporalidade* na qual ele mesmo está a emitir suas decisões e a compartilhar a linguagem, o que possibilita que sua autoridade possa procurar um sentido universalizável. A definição da soberania define a força necessária para sua retirada do tempo e da linguagem, por isso, para Derrida, o *abuso do poder* é constitutivo da própria soberania.⁴¹¹ A exclusão do tempo e da linguagem dispõe o soberano, assim como Deus, para *além* da história e do *sentido*. Expõe o paradoxo da soberania, no qual a soberania é incompatível com a *universalidade* da lei que ele ordena.⁴¹²

mutuall acceptation, there is no Covenant. To make Covenant with God, is impossible, but by Mediation of such as God speaketh to, either by Revelation supernaturall, or by his Lieutenants that govern under him, and in his Name: For otherwise we know not whether our Covenants be accepted, or not. And therefore they that Vow any thing contrary to any law of Nature, Vow in vain; as being a thing unjust to pay such Vow. And if it be a thing commanded by the Law of Nature, it is not the Vow, but the Law that binds them.” (HOBBS, T. *Leviathan*. p. 106).

⁴¹⁰ DERRIDA, J. *The Beast and the Sovereign*. p. 57.

⁴¹¹ DERRIDA, J. *Rogues*. p. 102.

⁴¹² “A pure sovereignty is indivisible or it not at all, as all the theoreticians of sovereignty have rightly recognized, and that is what links it to the decisionist exceptionality spoken of by Schmitt. This indivisibility excludes it in principle from being shared, from time and from language. From time, from the temporalization that it infinitely contracts, and, thus, paradoxically, from history. In a certain way, then, sovereignty is ahistorical; it is the contract contracted with a history that retracts in the instantaneous event of the deciding exception, an event that is without any temporal or historical thickness. As a result, sovereignty withdraws from language, which always introduces a sharing that universalizes.” (DERRIDA, J. *Rogues*. p. 101).

O homem não é apenas um *animal político*, mas um homem político que, em sua soberania é superior à besta, que ele domina, e como uma besta na manifestação de sua soberania política. Por isso o Leviatã é um exemplo do motivo pelo qual a soberania é representada como aquilo que *emerge*, por meio das leis da *razão*, para além das *bestas*, da vida *natural* dos animais e, em outros casos, como a manifestação da bestialidade, da animalidade humana.⁴¹³ Com a alegoria de um animal monstruoso Hobbes apresenta a soberania como uma *força indivisível* que supõe os direitos do homem sobre o animal, para proteger o próprio homem. Isso permite refletir sobre o soberano e a besta, ou como o soberano se apresenta como um animal.⁴¹⁴

A soberania apresenta-se, assim, como um poder de autodeterminação que impõe limites semânticos, políticos e jurídicos. *Acima* da lei, este poder não apenas suspende a lei, retém a prerrogativa de *decidir* as questões de *vida e morte*, o sentido da vida e aquilo que é *próprio* do humano. Ademais, a soberania é aberta a diferenças e ao compartilhamento, em um constante processo de postulação e posicionamento, mas, igualmente, de autonegação.⁴¹⁵ A soberania indivisível, unitária é uma ilusão, eis que ela está sempre disposta a divisões, à diferenciação que o abuso de poder pode *esconder*, mas não evitar.

Derrida acompanha Schmitt ao afirmar que o governo constitucional em muitas ocasiões repousa em um círculo vicioso, o qual pode ser observado nas

⁴¹³ DERRIDA, J. *The Beast and the Sovereign*. p. 26.

⁴¹⁴ DERRIDA, J. *The Beast and the Sovereign*. p. 30. Maquiavel também traça paralelos entre o soberano e o animal. O Príncipe é forçado a lutar não apenas de acordo com a lei, que é própria dos homens, mas também usando a força, que é própria dos animais. Usar, quando *apropriado*, o animal e o homem. Isso não está muito longe da consideração de que o Príncipe *é*, ao mesmo tempo, homem e besta. “Dovete adunque sapere come sono dua generazione di combattere: l’uno con le leggi, l’altro con la forza: quel primo è proprio dello uomo, quel secondo delle bestie: ma, perché el primo molte volte non basta, conviene ricorrere al secondo. Per tanto a uno principe è necessario sapere bene usare la bestia e lo uomo. Questa parte è suta insegnata a’ principi copertamente dalli antichi scrittori; li quali scrivono come Achille, e molti altri di quelli principi antichi, furono dati a nutrire a Chirone centauro, che sotto la sua disciplina li custodissì. Il che non vuol dire altro, avere per precettore uno mezzo bestia e mezzo uomo, se non che bisogna a uno principe sapere usare l’una e l’altra natura; e l’una sanza l’altra non è durabile. Sendo adunque, uno principe necessitato sapere bene usare la bestia, debbe di quelle pigliare la golpe e il liono; perché il liono non si difende da’ lacci, la golpe non si difende da’ lupi. Bisogna, adunque, essere golpe a conoscere e’ lacci, e liono a sbigottire e’ lupi. Coloro che stanno semplicemente in sul liono, non se ne intendano.” (MACHIAVELLI, N. *Il Principe*. p. 64).

⁴¹⁵ DERRIDA, J. *Rogues*. p.101.

políticas de fundação da comunidade, em seu *golpe de força* fundacional.⁴¹⁶ Ambos estão preocupados com situações extremas, com as margens, fronteiras, limites e sua transposição, seus choques e suas rachaduras.⁴¹⁷

5.1 A crítica ao constitucionalismo liberal

A identidade do sujeito constitucional pode ser observada a partir de diferentes perspectivas. Enquanto os franceses revolucionários podiam pressupor sua identidade nacional do passado, os colonos da Inglaterra que se declaravam independentes estavam a produzir, por meio das convenções e do próprio ato constitucional, a sua identidade nacional. Logo, quando se realiza a reflexão sobre quem é o sujeito constitucional, questiona-se sobre o poder que o constitui e se ele “absorve” este poder. Ele tem sua existência elastecida na cronologia histórica de uma comunidade ou emerge em momentos específicos? O poder constituinte sobrevive à Constituição, sustentando a tensão que lhe é inerente entre os poderes estabelecidos e as novas demandas por atualização do *verdadeiro espírito* constitucional, de sua identidade?

Sieyès defendia que a nação era independente de poderes superiores, e poderia de maneira legítima determinar sua própria vontade. A sua distinção entre poder constituinte e poder constituído se pautava em dois elementos: a Constituição não se baseia na tradição, na legitimação histórica ou em revelações religiosas, é derivada de uma manifestação secular; o conceito do poder constituinte demanda que o sujeito empírico deste conceito seja o *Povo*, não o Rei ou uma elite aristocrática.⁴¹⁸

O conceito de nação de Sieyès também contribui para a compreensão do poder constituinte, pois a nação seria o corpo de associados que vivem sob as

⁴¹⁶ SCHEUERMAN, W. E. *Carl Schmitt: the end of law*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1999. p. 82.

⁴¹⁷ Como explicou Benhabib, assim como existe uma perspectiva conservadora, de direita, das políticas do limite, também existe um lado da “esquerda-romântica”, radical, que trata do tema. Pensadores como Walter Benjamin, Otto Kirchheimer e Franz Neumann foram influenciados pela metapolítica do limite e Derrida assume o “risco” de tratar de tal (meta) política e aproximar suas reflexões de Benjamin (e Schmitt). BENHABIB, S. *Democracy and Difference: reflections on the metapolitics of Lyotard and Derrida*. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 151.

⁴¹⁸ Cf. SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa*.

mesmas regras e são representados pela mesma assembleia legislativa. Logo, a nação é distinta do Estado-nação, pois este constitui a organização política que incorpora a nação. Preuss, explica que enquanto o conceito Alemão de nação é baseado em termos culturais, na França a ideia é disseminada em termos de democracia.⁴¹⁹

A tradição francesa remete o poder constituinte à definição da vontade geral do Contrato Social de Rousseau,⁴²⁰ em que os indivíduos que participam da sociedade são aqueles que possuem este poder. Logo, o poder constituinte da nação está conectado com o princípio da soberania democrática.

Para Carl Schmitt, a importância da França está no fato de que, no ato de definir sua Constituição durante a revolução, tornou este ato autoconstitutivo. Elegeu a autoridade do *Povo* em sua ação política ilimitada por qualquer conjunto de normas prévio para realizar o próprio ato.⁴²¹ O poder constituinte tornou-se o poder de um *corpo coletivo*, no qual cada ato constituinte acaba por refletir o direito dos cidadãos de definirem regras para sua própria comunidade, a autolegislação. A capacidade de criar leis comuns e um corpo representativo que é compartilhado por todos.

A ideia de cidadania comum pressupõe uma esfera para a realização do debate público, em que os cidadãos possam apresentar suas razões, por isso, eles devem possuir a aptidão para entender as leis que deveriam expressar a vontade geral da nação. De forma distinta, na Alemanha a visão do poder constituinte assumiu a forma da homogeneidade, da qual os membros não pertencentes à comunidade política seriam excluídos da concepção de *Povo* e do usufruto de direitos políticos.

Esse é o projeto de Carl Schmitt, que não se limita a traçar diferenças culturais entre os membros da comunidade “homogênea” alemã e seus outros. Eis que, além de readequar a disposição dos lugares institucionais dos poderes em sua teoria política, produz uma crítica radical à tradição liberal, ao apresentar uma tese que difere tanto do modelo Francês como das formas institucionais

⁴¹⁹ PREUSS, U. K. *Constitutional Powermaking for the New Polity*. p. 150.

⁴²⁰ ROUSSEAU, J. J. *The social contract & Discourses*. p. 54.

⁴²¹ Cf. SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Durham: Duke University Press, 2008.

dos Estados Unidos.⁴²² Schmitt possui como elemento para o seu trabalho a observação do declínio de tais estruturas, em face da incorporação delas na Constituição de Weimar.

Franz Neumann explica que a Constituição Alemã de 1919 estava dividida em duas partes, a primeira lidava com a organização do *Reich*, a segunda com direitos constitucionais do indivíduo em relação ao Estado. A Alemanha havia se tornado uma democracia em que se produzia uma *identificação* entre representantes e representados, além da proteção da liberdade e da igualdade.⁴²³

As justificações transcendentais do governo haviam sido abolidas. As funções do Estado estavam divididas entre Legislativo, Executivo e Judiciário, seguindo o modelo de Montesquieu, e a Constituição de Weimar enfatizava a produção legislativa como a forma de mudança social. Os poderes políticos deveriam ser concentrados no Parlamento, o qual detinha o monopólio da legislação e centralizava a administração pública, de modo que apenas a administração da justiça ficava fora do controle parlamentar.

A partir de 1919 o Judiciário passou por duas mudanças importantes. A primeira tratava da tese da discricionariedade do juiz, a qual se tornou dominante. Com base na discricionariedade, relata Neumann, os juízes aboliram um grande número de regras do Código Civil, em especial aquelas favoráveis à classe trabalhadora.⁴²⁴ Mas, além disso, os juízes alemães após 1919 se outorgaram a possibilidade de realizar o controle de constitucionalidade. Cada lei editada no parlamento poderia ser objeto de revisão constitucional com base

⁴²² Para Preuss, haveria uma divergência entre o modelo alemão apresentado por Schmitt e as formas constitucionais dos Estados Unidos e da França. Cf. PREUSS, U. K. *Constitutional Powermaking for the New Polity*. p. 153. Jeffrey Seitzer diverge desta posição e procura, sem desconsiderar as diferenças, elencar os pontos de encontro e separação entre as distintas tradições constitucionais. SEITZER, J. *Carl Schmitt's Internal Critique of Liberal Constitutionalism*. In: DYZENHAUS, D. *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998. p. 286.

⁴²³ NEUMANN, F. L. *The Decay of German Democracy*. In: SCHEUERMAN, W. E. *The Rule of Law under Siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 1996. p. 31

⁴²⁴ NEUMANN, F. L. *The Decay of German Democracy*. p. 34.

na sua compatibilidade com a Constituição, enquanto, sob o domínio da Constituição de Bismark, nenhum juiz detinha este poder.⁴²⁵

Schmitt produz sua teoria sobre os destroços do constitucionalismo na Alemanha. Ela é uma resposta para a crise institucional derivada de Weimar. Por isso, trata-se de uma teoria constitucional que procura ser capaz de navegar por momentos políticos tempestuosos, de estancar as falhas do Estado de Direito e, como alternativa para o Estado liberal, antepor o decisionismo no núcleo do constitucionalismo.⁴²⁶

A principal preocupação do decisionismo não é o conteúdo daquilo que é decidido, mas quem são os atores políticos que tomam a decisão.⁴²⁷ Ela possui suma importância, pois o processo de produção da Constituição para Schmitt se apresenta como uma *decisão* cuidadosamente confeccionada para organizar, fundar a comunidade política.

A teoria de Hobbes sobre a soberania inspirou Schmitt em sua proposição decisionista,⁴²⁸ em perceber que as decisões do soberano definiam o Direito. A origem do direito estava nas interpretações das leis, nas ordens, as quais pertenciam ao detentor da decisão soberana: “A decisão soberana é o começo

⁴²⁵ Neumann expõe que: “From 1931, the power of the Reich disintegrated. Germany was ripe for a dictatorship. The following forces existed: The army with the president and the police. The civil servants and the high bureaucracy. Industry and the big landed property. The churches and the federal states. The Social Democratic Party and the trade unions. The Communists. The National Socialist Party, its private army and its affiliated organizations. The economy was disastrous. The number of unemployed increased every day.” (NEUMANN, F. L. *The Decay of German Democracy*. p. 38).

⁴²⁶ Schmitt, em sua *Teoria da Constituição*, afirma que as constituições liberais possuem duas características principais: a) a Constituição possui um sistema de garantias de liberdades, no sentido negativo, liberdades de interferência do Estado na esfera privada da vida das pessoas, são exemplos destas os direitos fundamentais, a divisão dos poderes, e a participação civil no processo legislativo; b) a Constituição está fundada em um documento escrito que é mais difícil de alterar do que a produção legislativa regular, isto provê um maior grau de estabilidade e permanência. SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. p. 68-71.

⁴²⁷ “The legal prescription, as the norm of decision, only designates how decisions should be made, not who should decide.” (SCHMITT, C. *Political Theology*. p. 32-33).

⁴²⁸ Para Schmitt: “The classic case of decisionist thinking appears in the seventeenth century with Hobbes. All *Recht*, all norms and statutes, all interpretations of laws, and all orders are for him essentially decisions of the sovereign, and the sovereign is not a legitimate monarch or established authority, but merely the one who decides in a sovereign manner.” (SCHMITT, C. *On the three types of juristic thought*. Westport: Praeger, 2004. p. 61).

absoluto e, o começo (também no sentido de *Arche*) é nada menos que uma decisão soberana.”⁴²⁹

O momento de fundação está pautado na legitimação e esse momento dispensa referências concretas, sólidas. Tal abstrativismo do momento constituinte está esboçado na continuidade entre o Reich de Bismarck e a República de Weimar. A continuidade ocorria tanto pela via do desenvolvimento de uma identidade nacional alemã como pela ideia de renovação do Reich, apesar das mudanças superficiais realizadas pela República.⁴³⁰ Para Franz Neumann, o nazismo acabou por ser a concretização da teoria decisionista de Schmitt.⁴³¹ De acordo com Neumann, o monstro do decisionismo schmittiano emergiu, “tornou-se carne” na Alemanha.⁴³²

Aquilo que pode ser observado é que o nazismo acabou por redundar na destruição da legalidade liberal – nos destroços de Weimar. Por isso, Neumann precisou reavaliar o papel do Direito perante as críticas que foram formuladas tanto do lado fascista como comunista ao Estado de Direito liberal – ambos destruidores das instituições jurídicas.⁴³³

A questão é que o regime capitalista não demanda esse conjunto de regras para sua manutenção e o decisionismo de Schmitt, apesar de suscitado como teoria oposta ao liberalismo político, não inibe a reprodução do capitalismo. Despir o Direito de qualquer dignidade política ou de qualquer conteúdo ético implica tal risco, de meios instrumentais da reprodução da força bruta, do fim do Direito em sentido substantivo. A pura transformação da vontade política do Líder em normas, em conteúdo constitucional, sem

⁴²⁹ “The sovereign decision is the absolute beginning and, the beginning (also in the sense of *Arche*) is nothing but sovereign decision.” (SCHMITT, C. *On the three types of juristic thought*. p. 62. Tradução livre).

⁴³⁰ SEITZER, J. Carl Schmitt’s Internal Critique of Liberal Constitutionalism. p. 308.

⁴³¹ Cf. NEUMANN, F. L. *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Oxford: Berg Publishers, 1986.

⁴³² RODRIGUEZ, J. R. Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. In: *Lua Nova*. n. 61, 2004. p. 63.

⁴³³ Afirma Rodriguez que: “O principal problema de Neumann é a evidência da instauração de um poder sem medidas, de um poder absoluto sem o controle da forma direito (Rule of Law) – marcado pela redução da forma jurídica a uma mera forma, mero invólucro de decisões completamente arbitrárias (...)”. RODRIGUEZ, J. R. Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. p. 65.

quaisquer outras formas de mediação não passa de um *arcanum dominationis*.⁴³⁴

Carl Schmitt analisa a crise da democracia parlamentar, em que o liberalismo político do início do século XX na Alemanha cumpria o papel de um agente arrefecedor de tensões, tinha como objetivo domesticar a política.⁴³⁵ Por isso, a democracia representativa, dominada pelos liberais, foi vista como palco onde ocorreu a passagem dos interesses políticos, que se tornaram secundários ou marginalizados, para a defesa de interesses pessoais.⁴³⁶

Assim, para Schmitt o liberalismo deveria ser combatido por escamotear a *verdadeira* realidade política, eis que esta não é conduzida por instituições abstratas e sistemas normativos, mas determinada por relações concretas entre o povo e as organizações políticas. Os efeitos negativos do liberalismo

⁴³⁴ Cf. NEUMANN, F. L. *The Rule of Law*.

⁴³⁵ De acordo com Schmitt, os arranjos parlamentares e as normas receberiam seu significado, no modelo deliberativo, em um espaço aberto para discussões. Isso pode ser observado na independência que seria garantida para os representantes de independência de seus partidos, com instrumentos como a liberdade de expressão e a imunidade parlamentar. Contudo, observa que: “The situation of parliamentarism is critical today because the development of modern mass democracy has made argumentative public discussion an empty formality. Many norms of contemporary parliamentary law, above all provisions concerning the independence of representatives and the openness of sessions, function as a result like a superfluous decoration, useless and even embarrassing, as though someone had painted the radiator of a modern central heating system with red flames in order to give the appearance of a blazing fire. The parties (which according to the text of the written constitution officially do not exist) do not face each other today discussing opinions, but as social or economic powergroups calculating their mutual interests and opportunities for power, and they actually agree compromises and coalitions on this basis. The masses are won over through a propaganda apparatus whose maximum effect relies on an appeal to immediate interests and passions.” (SCHMITT, C. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 2000. p. 6)

⁴³⁶ William Scheuerman aponta que a luta pela democracia sempre envolveu a busca pela realização simultânea da igualdade e da autonomia. Logo, apenas uma teoria democrática que reconheça os dois princípios pode começar a fazer sentido a respeito dos processos clássicos de tomada de decisão como a regra da maioria. Em contradição com a tentativa de Schmitt de estabelecer a regra da maioria como o fundamento em uma interpretação não liberal do conceito de igualdade, Otto Kirchheimer insiste que esta precisa ser vista como uma aspiração para garantir autonomia para o maior número possível de pessoas, pois, dentre outros fatores, se a heterogeneidade é incompatível com a estabilidade democrática, Kirchheimer acredita que novas formas de estabilização democrática acabam por emergir, e estas teriam sido ignoradas por Schmitt em sua leitura da inevitável desintegração da democracia liberal. E, enquanto Schmitt dedica sua energia para a análise das irracionalidades do ideal democrático de iguais oportunidades em seu livro “Legalidade e Legitimidade”, Kirchheimer defende que o regime democrático, mesmo com suas conhecidas falhas, realiza um trabalho mais eficiente na concretização do princípio da “igualdade de oportunidades” do que a alternativa autoritária apresentada por Schmitt pode alcançar. Cf. SCHEUERMAN, W. E. *The Rule of Law under Siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 1996. p. 9; KIRCHHEIMER, O. Remarks on Carl Schmitt's Legality and Legitimacy. In: SCHEUERMAN, W. E. *The Rule of Law under Siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 1996; SCHMITT, C. *Legality and Legitimacy*. Durham: Duke University Press, 2004.

consistiam na neutralização e na despolitização das instituições, na negação do político.⁴³⁷

Ao contrário de Hannah Arendt que, em sua tese, define a política nas ações e nos discursos (*praxis* e *lexis*), para Schmitt a *verdadeira* política, a luta pelo poder, inicia-se quando *não há comunicação*, no momento de tomada de decisões, pois aquilo que é determinante é o seu resultado, que se apresenta na forma da decisão.

O processo mediante o qual ela foi estabelecida não é determinante, os agente políticos que tomam decisões não estão agrilhoados nem pelas demandas vindas de baixo, formuladas pelos cidadãos, nem pelas constrições definidas pelas normas. A *decisão última*, o último argumento jurídico de toda validade está fundado em um ato de vontade, na decisão que *cria* o Direito, e cuja *força de lei* não precisa invocar instâncias superiores, uma vez que até mesmo uma decisão *contrária* ao próprio ordenamento jurídico deve ser considerada *Direito*. A força de lei das decisões antinormativas são parte de todos os sistemas jurídicos.⁴³⁸

De acordo com o constitucionalismo liberal os legisladores precisam agir de acordo com a lei, *em nome* da lei, este é o fundamento do Estado de Direito que posiciona o ordenamento jurídico “acima” das pessoas. O princípio da legalidade de toda atividade estatal significa que, no fim, não vai mais existir legislação ou comando pois apenas normas impessoais serão aplicadas.⁴³⁹

A legitimidade do Estado liberal está depositada no princípio da legalidade como norte para o exercício de seu poder. Contudo, o princípio não

⁴³⁷ Essa crítica formulada por Schmitt é próxima da posição de Hannah Arendt em suas considerações a respeito do advento da esfera “social” na modernidade e a diminuição das fronteiras entre o público e o privado. Segundo Schmitt: “The equation state = politics becomes erroneous and deceptive at exactly the moment when state and society penetrate each other. What had been up to that point affairs of state become thereby social matters, and, vice versa, what had been purely social matters become affairs of state-as must necessarily occur in a democratically organized unit. Heretofore ostensibly neutral domains – religion, culture, education, the economy – then cease to be neutral in the sense that they do not pertain to state and to politics. As a polemical concept against such neutralizations and depoliticalizations of important domains appears the total state, which potentially embraces every domain.” (SCHMITT, C. *The Concept of the Political*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007. p. 22).

⁴³⁸ SCHMITT, C. *On the three types of juristic thought*; SLAGSTAD, R. Liberal constitutionalism and its critics: Carl Schmitt and Max Weber. In: ESLTER, J.; SLAGSTAD, R. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p. 117

⁴³⁹ Cf. SCHMITT, C. *Legality and Legitimacy*.

existe de forma pura, já que as leis precisam preencher requisitos para fazer parte do ordenamento normativo, para serem válidas e aplicáveis. É isso que distingue uma norma de um comando ou de uma simples ordem.⁴⁴⁰ O Estado torna-se, portanto, uma cópia xilográfica do ordenamento jurídico. Segundo Schmitt, nada mais do que uma norma ou procedimento, o que repercute no próprio conceito de Constituição como um sistema normativo distanciado do domínio político.⁴⁴¹

Tem-se uma juridicização de todas as manifestações estatais, por isso a independência das Cortes Supremas acaba por se apresentar como elemento-chave desta arquitetura. O esforço do Estado de Direito burguês se volta para reprimir o político, as manifestações genuínas que se realizam na arena política são domesticadas por um conjunto de normas previamente estabelecidas. Todas as expressões da vida do Estado são emolduradas em uma série de prescrições que transformam as atividades políticas estatais em ações estratégicas, limitadas por esferas de competência.

Schmitt reconhece que existem várias formas de organização dentro de uma sociedade e que os grupos procuram, de certa maneira, mecanismos institucionais aos quais possam estar atrelados. Logo, o Estado é a instituição por excelência à qual os grupos sociais irão buscar vinculações, porém, o Estado é uma instituição que se localiza *acima* das organizações sociais.

A democracia, segundo Schmitt, é o meio pelo qual as questões relacionadas com a legitimidade e a governabilidade são respondidas. O problema do liberalismo estaria no fato de que ele neutraliza tensões, pois aceita que concepções morais e éticas sejam condutoras de decisões políticas. Ademais, a democracia para Schmitt pressupõe a *homogeneidade*, por isso,

⁴⁴⁰ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1996; HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1997.

⁴⁴¹ Cf. SCHMITT, C. *Political Theology*. p. 19; SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. p. 63. De acordo com Rune Slagstad: "The central purpose of liberal constitutionalism is to institutionalize a system of defense mechanisms for the citizen vis-à-vis the state. Given the unequal relationship between citizen and state, such institutions should enable the citizen to withstand and check the potentially overwhelming power of the state." (SLAGSTAD, R. Liberal constitutionalism and its critics: Carl Schmitt and Max Weber. p. 108).

aquilo que se coloca para além do *demos* é concebido como uma ameaça e deve, por conseguinte, ser eliminada.⁴⁴²

A distinção entre um *nós* e *eles* é fundamental para a determinação do político, que exclui a pluralidade inerente às pessoas e aos grupos sociais. A pluralidade não tem um lugar reservado no espaço democrático, o qual vai estar sempre em meio a tensões para determinar aquilo que fica *dentro* e *fora*, quem possui cidadania – e, conseqüentemente, direitos – e quem se coloca à margem, os *estrangeiros* ou *outsiders*.⁴⁴³

No espaço de determinação entre aquilo que fica *dentro* e *fora* é que a política tece suas teias. O conceito do político é uma categoria fronteira separada entre o *amigo* e o *inimigo* – a política pressupõe o conflito. Disso decorre a atualidade do pensamento de Schmitt, como contraponto para concepções políticas ingênuas (fracas) ou que sejam muito otimistas quanto à capacidade política de formulação (racional) de consensos.⁴⁴⁴

⁴⁴² Para Schmitt: “Every actual democracy rests on the principle that not only are equals equal but unequals will not be treated equally. Democracy requires, therefore, first homogeneity and second – if the need arises – elimination or eradication of heterogeneity. (...) A democracy demonstrates its political power by knowing how to refuse or keep at bay something foreign and unequal that threatens its homogeneity. The question of equality is precisely not one of abstract, logical-arithmetical games. It is about the substance of equality. It can be found in certain physical and moral qualities, for example, in civic virtue, in arete, the classical democracy of *virtus* (virtu).” (SCHMITT, C. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. p. 9). Chantal Mouffe, no mesmo sentido afirma que para Schmitt: “What matters is the possibility of tracing a line of demarcation between those who belong to the *demos* – and therefore have equal rights – and those who, in the political domain, cannot have the same rights because they are not part of the *demos*. Such a democratic equality – expressed today through citizenship – is, for him, the ground of all the other forms of equality. (...) This is why he declares that the central concept of democracy is not ‘humanity’ but the concept of the ‘people’, and that there can never be a democracy of mankind.” (MOUFFE, C. *Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy*. In: MOUFFE, C. (ed.) *The Challenge of Carl Schmitt*. Verso: London, 1999. p. 41).

⁴⁴³ Ver: CAMUS, A. *O estrangeiro*. Rio de Janeiro: Record, 2005. Para Chantal Mouffe: “Indeed – as already indicated – political identities, which are always collective identities, entail the creation of an ‘Us’ that only exists by distinguishing itself from a ‘Them’. Such a relation is not necessarily antagonistic. But there is always the possibility that an ‘Us’–‘Them’ relationship can become a friend–enemy relationship. This happens when the ‘Other’, until now merely considered to be different, begins to be perceived as questioning our identity and threatening our existence. From that moment, any form of Us–Them relationship – religious, ethnic or economic – becomes the locus of an antagonism. (MOUFFE, C. *Politics and Passion*. p. 7).

⁴⁴⁴ O risco que se tem em termos práticos é o de uma visão deturpada por uma opacidade ideológica que acredite no arrefecimento de tensões políticas após a queda do muro de Berlim. Se não há mais um mundo bipartido, isso não representa o fim das tensões políticas ou o fim das inimizades políticas em escala mundial, pelo contrário, o que restou observado nas duas últimas décadas foi apenas o deslocamento das figuras antagonistas para outras localidades – Afeganistão, Iraque, Coréia do Norte –, com outros atores políticos, como a China, participando ativamente das decisões políticas. Se o inimigo não é mais o

A ideia de homogeneidade, preocupação recorrente para Schmitt, pode ser produzida por meio de um partido ou por intermédio de um líder que funda a nação e que cria um mito de origem nacional. Como a Alemanha no início do século XX estava muito enfraquecida após a sua derrota na Primeira Guerra Mundial, Schmitt entendia que a homogeneidade seria uma forma de unificar os sentimentos do povo alemão por intermédio de um líder, a pessoa legitimada para representar o povo. Para Schmitt, o soberano é aquele que tem o poder de declarar a exceção.⁴⁴⁵ No conceito do político, o soberano é aquele que detém o poder de declarar a guerra.

Em um ambiente onde o pluralismo é cada vez mais acentuado, é importante observar quem é o *outro*, como se definem as fronteiras no ambiente democrático, quem está dentro e quem está fora. Schmitt entende que o inimigo é o inimigo público. Não é necessário se reconhecer por meio do bem/mal, belo/feio, ele está *fora* do campo da moral. E esse outro vai sempre envolver tensões, podendo ser observados casos de radicalização da tensão. Este é o início da relação amigo/inimigo. O período de *neutralidade*, em termos concretos, não existe.

Para Ernst-Wolfgang Böckenförde, a mensagem central do conceito do político de Schmitt está nos seus critérios fenomenológicos.⁴⁴⁶ Schmitt está preocupado com o *político*, não com a simples política. Com os graus de intensidade dentro do espaço *político*. O qual está marcado pela relação das condições de associação e dissociação que podem promover a diferenciação entre amigos e inimigos.

O Estado é uma unidade política, compreende a homogeneidade, as formas como o povo sintetiza sentidos de solidariedade ou pertencimento. Essa *unidade política* precisa ser preservada e reconfirmada mediante a cooperação das pessoas. A homogeneidade, aquilo que forma o *nós*, pode ser ameaçada

Comunismo da URSS, questões étnicas, religiosas, ou simplesmente econômicas podem justificar uma declaração de guerra. Cf. MOUFFE, C. *On the Political*. London: Routledge, 2005. p. 90.

⁴⁴⁵ SCHMITT, C. *Political Theology*. p. 5.

⁴⁴⁶ BÖCKENFÖRDE, E. The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory. In: DYZENHAUS, D. *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998. p. 38.

tanto por fatores internos como externos. Tem-se a necessidade de evitar, deste modo, a escalada da violência que poderia suceder na dissolução dos vínculos sociais da comunidade.

Por isso, as normas constitucionais surgem como definidoras da ordem normativa que entrelaça a unidade política, ao determinar a existência, a manutenção e a delegação de capacidades dos atores legitimados para a ação política. A finalidade específica das normas constitucionais é a de facilitar, preservar e defender o Estado como uma ordem política unitária. Logo, o direito constitucional é um direito político, lida com a política não apenas de forma indireta ou incidental, mas mediata, trata da existência, da forma e da ação da unidade política. Seu objeto, afirma Böckenförde, afeta o próprio campo gravitacional político.⁴⁴⁷

Assim, trata-se de uma premissa fundamental no pensamento de Schmitt o fato de que o Estado facilita a organização de uma Constituição, não é a Constituição que define o Estado. Essa premissa só pode ser elaborada se o Estado for visto como uma *unidade* política, uma unidade de poder e paz, detentora do monopólio da violência legítima, da possibilidade de coerção em assuntos domésticos. O Estado, para Schmitt é algo fático, uma reunião ou concentração de poder – esta é a *comunidade política*.

A precedência do Estado ante a Constituição não desabilita a própria estrutura normativa fundamental, não impede que a forma normativa fornecida pela Constituição tenha sua importância na organização institucional do Estado, ao, por exemplo, regular as atividades governamentais. A Constituição é mais um elemento que afirma a estabilidade, a estrutura, a unidade da comunidade política. Define o esqueleto, porém não a substância do Estado.⁴⁴⁸

No mesmo sentido, entende que a Constituição não é um contrato (social), não pode ser vista como o conjunto de normas que uma comunidade decide para si mesma *antes* da formação da comunidade política – ainda que

⁴⁴⁷ BÖCKENFÖRDE, E. The Concept of the Political. p. 41.

⁴⁴⁸ “The distinction between constitution and constitutional law, however, is only possible because the essence of the constitution is not contained in a statute or in a norm.” (SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. p. 77).

em termos de experimento mental. A Constituição é uma *decisão*, uma decisão sobre a forma e o tipo de unidade política que a comunidade irá desfrutar.⁴⁴⁹

O conceito de democracia, para Schmitt se pauta na *identidade* entre representantes e representados. Ela cria o elo entre o princípio fundamental da unidade do *demos* e a soberania, derivada de sua vontade. Ao estabelecer que a identidade de uma comunidade política democrática se pauta na possibilidade da exclusão dos “outros”, na possibilidade de traçar uma fronteira entre o “nós” e o “eles”, ressalta-se o fato que a democracia sempre envolve relações de inclusão e exclusão.⁴⁵⁰

Assim, se a consideração de Schmitt sobre a relação entre inclusão e exclusão, que está inscrita na constituição política do *Povo*, for aceita como parâmetro para definição da democracia, deve-se reconhecer que existem grandes dificuldades para a transposição do conceito normativo de uma comunidade ideal de fala⁴⁵¹ para a realidade, e que a própria noção de consenso sem exclusão que esta propõe contradiz a própria noção de democracia. De acordo com Chantal Mouffe: “O consenso em uma sociedade liberal-democrática é – e sempre vai ser – a expressão de uma hegemonia e a cristalização da relação de poderes. A fronteira que ele estabelece entre aquilo que é e não é legítimo é política e, por esta razão, deveria permanecer contestável.”.⁴⁵² Negar

⁴⁴⁹ Schmitt aceita a possibilidade de uma confederação de Estados, mas sua teoria federativa seria extremamente complicada, pois sua principal preocupação é com a unidade política. Dentro de um Estado não poderia haver um *contrato*, pois o princípio e a garantia da unidade, da unidade política do Estado, deixariam de existir. Schmitt aceita a federação formada por estados independentes e autônomos. O problema estaria em como, sob tais condições, produzir mudanças constitucionais e tomar decisões constitucionais. Em suma, não seria possível produzir uma *unidade*. SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. p. 383-388.

⁴⁵⁰ MOUFFE, C. Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy. p. 43

⁴⁵¹ É importante lembrar que Habermas reconhece os limites fáticos de sua teoria, ainda que vislumbre a possibilidade de aplicação da mesma em cenários reais. A proposta de Habermas é a de uma situação ideal de fala, em que aqueles que podem contribuir com conteúdos importantes não podem ser excluídos, todos os participantes possuem o mesmo direito de participação e argumentação, eles podem expressar suas opiniões de forma “livre” e “honesta” e, sob sua perspectiva, os processos discursivos não teriam sistemas de coerção. Essas condições habilitariam o acesso aos argumentos e às informações relevantes de uma comunidade ideal de fala, em que as razões são apresentadas e julgadas com o objetivo desinteressado de construir a verdade. Assim, ainda que contrafáticas, elas podem servir como norteadoras normativas para um processo argumentativo adequado. São como padrões de um processo de aperfeiçoamento da comunicação. Cf. HABERMAS, J. *Truth and Justification*. Cambridge: MIT Press, 2003. p 103.

⁴⁵² “Consensus in a liberal-democratic society is – and will always be – the expression of a hegemony and the crystallization of power relations. The frontier that it establishes between what is and what is not

a existência desse momento ou procurar definir a fronteira política entre *nós* e *eles* em padrões racionais e morais seria naturalizar aquilo que deveria ser compreendido como uma articulação hegemônica contingente e temporária do Povo.

Por isso, aquilo que precisa ser organizado politicamente são os critérios do estabelecimento dessa “fronteira” que define o pertencimento ao *Povo*. A unidade do *Povo* é o resultado de ações políticas, e um dos principais defeitos da democracia liberal está no hiato que esta produz entre o povo e suas identificações institucionais. Logo, a tensão que se produz é entre a tentativa de manter o espaço político aberto para novas definições da comunidade – que em determinados momentos irá se identificar com o sujeito constitucional, mas também demandará, em outras ocasiões, sua reelaboração, sua atualização – e os procedimentos que procuram estabilizá-la.

A disputa pela constituição do *Povo* é caracterizada pelo conflito, e pressupõe a existência de forças em competição. A possibilidade de uma articulação hegemônica do *Povo* demanda essa fronteira, ou seja, a definição daqueles que ficam “de fora”.

Derrida insiste na *decisão* que introduz a aporia na qual a teoria da decisão precisa estar relacionada com figuras modernas do decisionismo, com as teorias do *inimigo*, porém esta é uma *figura ausente*, a condição do político *per se*, toma forma ante o pano de fundo da sua própria perda, da perda do inimigo e do *político*.⁴⁵³

Para Schmitt, nada mais e nada além do político que não existiria sem a figura do inimigo e sem a possibilidade de uma guerra. A perda da figura do inimigo representa a desorientação do campo político, em que o inimigo aparece como *não identificável*. O inimigo *estruturante* não pode mais ser encontrado em qualquer lugar, ele deixa de ser identificável e *confiável* e passa a ser *conjurado*. Nos termos de Derrida: “Aqui está o axioma schmittiano em sua forma mais

legitimate is a political one, and for that reason it should remain contestable.” (MOUFFE, C. Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy. p. 46. Tradução livre).

⁴⁵³ DERRIDA, J. *The Politics of Friendship*. London: Verso, 1997. p. 67-68.

elementar: a própria política, o ser-político da política surge em sua possibilidade com a figura do inimigo.”⁴⁵⁴

Contudo, esse *outro* ao qual a guerra será declarada já não é mais específico, ele possui diferentes espectros, já não há uma *oposição determinada*, uma bipolaridade mundial. E qualquer tentativa de definir o inimigo precisa lembrar da distinção entre *hostis* e *inimicus*, a antítese na esfera pública está estabelecida pelo inimigo político (*hostis*), não no adversário privado (*inimicus*).

Para Derrida, a política é caracterizada pela ausência de garantias, ela é aberta para indeterminações e a resistência à despolitização é necessária, demanda-se o campo político como espaço para os conflitos que irão dar continuidade à fabricação da identidade do sujeito constitucional.

A importância da definição do *Povo* para Schmitt redonda no papel que este ocupa na determinação da identidade do sujeito constitucional. O poder constituinte é, para Schmitt, a marca principal da soberania, enquanto a produção de emendas e as assembleias que recebem poder derivado da Carta constitucional são manifestações de poderes constituídos.⁴⁵⁵

O constitucionalismo liberal possui como uma de suas características centrais o esquecimento ou a diminuição do papel do soberano, o poder soberano do monarca ou do *Povo* precisa ser domesticado. O ideal da Constituição liberal é definido exclusivamente nos termos do Estado de Direito (*rule of law*). A soberania, um conceito essencialmente político, não deve possuir espaço em uma Constituição liberal. A soberania passa a ter voz apenas em situações excepcionais.

Contudo, o conceito de soberania de Schmitt não é uno, há uma diferença entre as articulações formuladas na Teologia Política e em sua Teoria da Constituição. Na primeira, a decisão que funda a comunidade política pertence

⁴⁵⁴ “Here is the Schmittian axiom in its most elementar form: the political itself, the being-political of the political, arises in its possibility with the figure of the enemy.” (DERRIDA, J. *The Politics of Friendship*. p. 84. Tradução livre).

⁴⁵⁵ SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. p. 145-146.

ao soberano,⁴⁵⁶ na segunda há uma adaptação teórica para que a democracia também possa ter um papel na construção do poder constituinte.⁴⁵⁷

Na Teologia Política, Schmitt lembra que o conceito de poder constituinte foi inicialmente produzido por Bodin, mas entende que este conceito não foi desenvolvido de uma maneira lógica desde o século XVI. O conceito de Bodin de soberania⁴⁵⁸ foi, por sua vez, derivado da dissolução da Europa em Estados-nação. Isso levou à distinção entre os conceito de Estado e soberania, e a produção de fórmulas como a que define o poder constituinte como o mais elevado e independente poder não derivado. Contudo, essa fórmula, além de poder ser utilizada para qualquer propósito, desconecta o poder constituinte da realidade e, para Schmitt, a conexão entre o poder fático, real, e o poder jurídico mais elevado – o poder constituinte – é o problema central do conceito de soberania.⁴⁵⁹

Kelsen, um dos principais alvos de Schmitt, teria “resolvido” o problema do conceito de soberania por meio de sua negação, ou seja, para Kelsen o conceito de soberania precisa ser reprimido.⁴⁶⁰ Schmitt percebe nisso a “velha

⁴⁵⁶ “Sovereign is he who decides on the exception. (...) The decision on the exception is a decision in the true sense of the word. Because a general norm, as represented by an ordinary legal prescription, can never encompass a total exception, the decision that a real exception exists cannot therefore be entirely derived from this norm.” (SCHMITT, C. *Political Theology*. p. 5-6).

⁴⁵⁷ “Democracy is a state form that corresponds to the principle of identity (in particular, the self-identity of the concretely present people as a political unity). The people are the bearer of the constitution-making power and, as such, grant themselves their constitution. At the same time, the concept of democracy can provide a method for the exercise of certain state activities.” (SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. p. 255).

⁴⁵⁸ Para Bodin, a soberania é definida como um poder absoluto e perpétuo. Contudo, isso não quer dizer que este é livre de qualquer lei, pois, de acordo com Bodin, se fosse feita a afirmação de que este poder absoluto significa a libertação de qualquer normatividade, não restaria qualquer príncipe no mundo que pudesse se arrogar a soberania, eis que todos se submetem ao direito natural, ou seja, às leis divinas e da natureza, além de certas leis humanas, que são tratadas como comuns a todas as nações. Cf. BODIN, J. *Six Books on the Commonwealth*. p. 28. Como explica Eco: “According to dictionaries on philosophy, Absolute means anything that is *ab solutus*, free from ties or limits, something that does not depend on something else, which has its own inherent reason, cause, and explanation. Something therefore very similar to God, in the sense that he describes himself as ‘I am who I am’ (*ego sum qui sum*), to which everything else is contingent and therefore does not have its own inherent cause and – even if it happens to exist – it could just as well not exist, or not exist tomorrow, as is the case with the solar system or with each one of us.” (ECO, U. *Inventing the enemy and other occasional writings*. p. 23.).

⁴⁵⁹ SCHMITT, C. *Political Theology*. p. 18

⁴⁶⁰ Essa foi a crítica formulada por Schmitt, ver: SCHMITT, C. *Political Theology*. p. 21. Para Kelsen, em sentido inverso à teoria de Schmitt, a ordem normativa *precede* o soberano. Sua construção é a seguinte: o Estado – derivado do conjunto normativo – pode ser considerado soberano em relação aos outros Estados no plano internacional, eis que a ordem jurídica é *pressuposta*, ou seja, não há qualquer outro sistema normativo que seja superior a ela. Em decorrência disso, o Estado é a autoridade suprema – possui o poder

negação” do Estado promovida pelo liberalismo. Contudo, nos tempos de mudança revolucionária da Constituição, da exceção que transborda o normativismo, forma-se uma ruptura jurídica, uma quebra na continuidade da narrativa do sistema jurídico que pode ser justificada em termos históricos, ou em termos éticos – há um rompimento entre ordens normativas.

A resposta que o liberalismo procura fornecer para a tal ruptura é de uma justificação jurídica, ou seja, para o fenômeno político *colossal*, para a transformação da potência em facticidade do poder, a resposta articulada pelo liberalismo é um conjunto de procedimentos legais que irão *resolver* o problema suscitado na esfera política. Acredita-se em uma reconciliação, por meio de um plebiscito, de um acordo constitucional ou da própria tradição. A reconciliação irá não apenas apaziguar a política mas estabilizar as tensões entre a ruptura revolucionária e o ordenamento jurídico – eis o projeto normativo do liberalismo.

A ideia do Estado constitucional moderno foi acompanhada pela secularização, fenômeno que é tratado por Schmitt como “deísmo”, uma forma teológica que banizou o *milagre* do mundo. O deísmo procurou excluir não apenas a exceção do plano natural, o milagre – a suspensão das leis da natureza via

de emitir comandos obrigatórios – e não o soberano, pois este recebe o *direito* de emitir comandos obrigatórios daquele. Para Kelsen, a autoridade *originalmente* pertence aos domínios da ordem normativa enquanto, para Schmitt, o soberano é aquele que suspende o conjunto normativo. Pode-se compreender, portanto, os motivos da afirmação de Schmitt de que Kelsen está a reprimir a soberania. Kelsen leva seu projeto até as últimas consequências, inclusive afirma que o Direito internacional determina a validade do Direito nacional apenas em um sentido relativo, pois o Direito nacional é a ordem suprema da qual o próprio Direito internacional deriva sua validade. Assim, a própria soberania seria uma *pressuposição* – não poderia ser observada no plano do *ser* – caso fosse legada ao Direito internacional. Essa situação é resolvida pelo Direito nacional, pois este pode trazer a soberania para o plano fático. Ajuda a compreender o conceito kelseniano de soberania a seguinte reflexão: “O poder físico, um mero fenômeno natural, nunca pode ‘ser soberano’ na acepção apropriada da palavra. Tal como atribuída ao poder físico, a ‘soberania’ poderia significar, ao que parece, apenas algo como a propriedade de ser uma causa primeira, uma *prima causa*. Mas a idéia de uma *prima causa* é uma contradição em termos, se, de acordo com o princípio de causalidade, cada fenômeno tem de ser considerado o efeito de uma causa, se cada fenômeno que é considerado a causa de um efeito tem de ser considerado, ao mesmo tempo, o efeito de outra causa. Na cadeia infinita de casusas e efeitos, isto é, dentro da realidade natural, não pode haver uma causa primeira, e, portanto, nenhuma soberania.” (KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. p. 545). Aquilo que enfeixa o pensamento de Kelsen é a impossibilidade *lógica* de derivação de um dever-ser de um ser, pois, apenas uma norma pode criar uma norma, por isso, a necessidade da norma fundamental hipotética, a qual, *a posteriori*, foi assumida como uma ficção pelo autor. Hidemi Suganami, ao analisar os traços da dicotomia entre Kelsen e Schmitt, observou que ela pode ser aproximada no plano ôntico, ou seja, apesar da divergência teórica entre os autores, suas teorias poderiam ter um ponto em comum no que diz respeito ao plano da ontologia social. Cf. SUGANAMI, H. Understanding Sovereignty through Kelsen/Schmitt. In: *Review of International Studies*. v. 33, n. 3, 2007.

intervenção divina direta – mas também da esfera jurídica, o soberano não pode intervir mais de maneira direta na ordem jurídica.⁴⁶¹

A partir do rastro legado por Sieyès sobre as manifestações do *Povo*, Schmitt lembra que, na visão francesa, estas são sempre virtuosas, independem das formas pelas quais aconteçam, basta que elas existam, todas as formas serão boas e sempre constituirão a *lei suprema*.⁴⁶² Porém, Schmitt diverge de Sieyès, pois a *unidade* que o povo representa não possui caráter decisionista, trata-se de uma unidade orgânica que levou à substituição da legitimação monárquica pela democrática.⁴⁶³

Quanto a esse assunto, Schmitt está sob a influência de Donoso Cortés,⁴⁶⁴ o qual já havia anunciado o fim da época monárquica. Por isso, suscita o decisionismo como instrumento que se opõe a esta articulação. A *ditadura* se justifica como mecanismo político que se contrapõe à “discussão”, ao aspecto deliberativo do liberalismo – o qual, em sua essência, possui a “negociação” como *modus operandi*.

A ditadura está atrelada ao decisionismo de Cortés que pode decidir os casos extremos, pode antecipar o *Juízo Final*.⁴⁶⁵ Sobre Cortés afirma Schmitt que: “Ele demandava uma ditadura política. Nas considerações citadas de [Jospeh] de Maistre nós também podemos ver a redução do Estado para o momento da decisão, para uma decisão pura, não baseada na discussão, na

⁴⁶¹ SCHMITT, C. *Political Theology*. p. 36.

⁴⁶² SCHMITT, C. *Political Theology*. p. 49.

⁴⁶³ “It was therefore an occurrence of utmost significance that Donoso Cortés, one of the foremost representatives of decisionist thinking and a Catholic philosopher of the state, one who was intensely conscious of the metaphysical kernel of all politics, concluded in reference to the revolution of 1848, that the epoch of royalism was at an end.” (SCHMITT, C. *Political Theology*. p. 51)

⁴⁶⁴ Além de outras referências a Donoso Cortés, Schmitt tentou localizar o pensamento do espanhol como oposto ao que chama de “socialismo ateu” de Proudhon e de Marx. Ademais, pode-se observar como conceitos desenvolvidos por Cortés irão ter papel fundamental na teoria de Schmitt: “In particular, Donoso recognized the essence of the problematic of bourgeois discussion in that he defined the bourgeoisie as a ‘discussing class,’ and made great efforts to oppose a state based on discussion with one base on decision. That remains a great theoretical and political accomplishment. Above all, Donoso has the singular significance of having recognized the central concept of every great politics – the distinction between friend and enemy – in a time dominated by the relativistic disintegration of political concepts and antitheses, and by ideological deceit.” (SCHMITT, C. The Unknown Donoso Cortés. In: *Telos*, n. 125, Fall, 2002. p. 85).

⁴⁶⁵ Cf. SCHMITT, C. *Political Theology*. p. 63.

razão e que não se auto justifica, ou seja, uma decisão absoluta criada a partir do nada.”⁴⁶⁶

Uma visão diferente foi apresentada em sua Teoria da Constituição. Nesta, Schmitt passou a aceitar a monarquia e a democracia como formas legítimas de governo, ainda que seu ideal da necessidade de um Estado forte não tenha sofrido qualquer alteração. Um dos motivos é que Schmitt passou a tratar a democracia como uma forma de governo que também poderia conduzir à produção da soberania, uma vez que seu conceito de democracia refuta tanto o desprezo pela política quanto o relativismo que caracterizam o liberalismo.⁴⁶⁷

Na sua Teoria da Constituição, incorporou, portanto, uma visão mais ampla da soberania, a qual lhe permitiu aderir ao Estado de Direito. Afastou-se, portanto, da postura conservadora de Cortés.

Assim, para Schmitt, o principal problema atrelado ao conceito de Estado de Direito estava na sua negação da soberania. Contudo, a soberania não pode ser reprimida por completo, ela sempre procura (e alcança) meios para novas manifestações. Logo, a *ficção* liberal e os meios pelos quais o liberalismo procurou evitar a soberania levaram à produção de atos soberanos apócrifos, exercidos por oficiais do Estado que não possuíam soberania.⁴⁶⁸

Outro aspecto importante é que Schmitt passou a tratar a soberania em um pano de fundo histórico. O principal momento de emergência ou evidência do poder constituinte passou a ser localizado nos casos de produção de Constituições, e uma constituição não é produzida no vazio, do nada.⁴⁶⁹ Sua existência depende de circunstâncias históricas concretas e está submetida a decisões políticas contingentes, as quais lhe dão *vida*.

⁴⁶⁶ “He demanded a political dictatorship. In the cited remarks of de Maistre we can also see a reduction of the state to the moment of the decision, to a pure decision not based on reason and discussion and not justifying itself, that is, to an absolute decision created out of nothingness.” (SCHMITT, C. *Political Theology*. p. 66. Tradução livre).

⁴⁶⁷ Cf. SCHMITT, C. *The Crisis of Parliamentary Democracy*.

⁴⁶⁸ SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. p. 55.

⁴⁶⁹ “According to Schmitt, sovereignty becomes visible only during exceptional circumstances. Its visibility rises to prominence when a constitution is destroyed and another is born. In these circumstances, sovereignty shows up under the guise of constituent power.” (CRISTI, R. Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power. In: DYZENHAUS, D. *Law as Politics: Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998. p. 186).

A Constituição de Weimar, um dos principais objetos da reflexão de Schmitt, permite que a rearticulação teórica da soberania ganhe “corpo”. Ele observa que, a destruição da Constituição alemã de 1871 foi dada com o fim do poder constituinte que a sustentava, o poder centrado nas mãos do Rei. O declínio do poder constituinte do monarca coincidiu com a ascensão de uma nova forma de poder constituinte: o poder do *Povo* alemão.⁴⁷⁰

Assim, em cada comunidade política apenas pode existir um sujeito constitucional, *um* poder constituinte. E, durante a revolução de 1918, o *Povo* alemão assumiu o exercício do poder constituinte, por meio da eleição da Assembleia Nacional Constituinte, a qual formulou o conteúdo da decisão política do *Povo* alemão por meio de propostas constitucionais que definiram seu exercício.

A Assembleia constituinte alemã não era, de acordo com Schmitt, o *sujeito* do poder constituinte, mas apenas seu agente, seu *representante*. Enquanto exercia suas atividades não estava limitada por qualquer procedimento ou forma jurídica prévia, tratava-se de uma *ditadura soberana*, eis que não possuía quaisquer amarras institucionais. A única forma de limitação deste poder advinha de seu *titular*, do *Povo*. Assim, como a ditadura romana, ela conduziu suas atividades por mandato, não era soberana por si mesma, agiu *em nome* do *Povo*, o qual poderia anular o mandato, dispensar os representantes.⁴⁷¹

O mesmo *Povo* que na Teologia Política é afastado, na Teoria Constitucional se torna o agente político fundador de Weimar, detentor do poder constituinte, é o mesmo *Povo* de Sieyès que se antepõe acima e para além das formas jurídicas. De acordo com Renato Cristi: “Como *natura naturans*, o poder constituinte deveria permanecer no estado de natureza. Desta matriz formas sempre novas estavam obrigadas a emergir. Consequentemente, o poder constituinte era a última fonte não produzida de todas as forma, a não formada (*formlos*) forma de todas as formas.”⁴⁷²

⁴⁷⁰ SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. p. 97.

⁴⁷¹ SCHMITT. *Constitutional Theory*. p. 130.

⁴⁷² “As *natura naturans*, constituent power was to remain in a state of nature. From this matrix ever new forms were bound to arise. Accordingly, constituent power was the ultimate ungenerated source of all

Ademais, o poder constituinte é resiliente, continua a existir mesmo sem formas jurídicas que o definam, trata-se, por isso, do *poder soberano em exercício*. O soberano, portanto, continua acima da lei, é aquele que detém a faculdade de violar a lei e relativizar todo o ordenamento jurídico, pode, por isso, declarar o *Estado de exceção*.

Ele é capacitado – no plano político e instrumental – para a produção da *abertura jurídica* diante da qual o liberalismo não possui uma resposta. A mesma *fenda* que desnuda a fragilidade de projetos que procuram ancorar suas expectativas em instituições ou respostas estritamente procedimentais. Isso porque, os *procedimentos* precisam *ganhar vida*, uma decisão precisa ser tomada por algum agente político legitimado – seja este o *Povo*, o Presidente, um parlamentar ou um magistrado.

Não basta que exista uma sólida estrutura deliberativa consolidada, eis que as decisões estabelecidas pela comunidade política irão tratar da própria *forma* pela qual as decisões são tomadas. Mesmo que existam restrições, limites nos campos para os quais o debate pode ser estendido, a comunidade política pode redefinir sua identidade e tomar a temerária decisão de suspender as proibições e os próprios *dogmas* do liberalismo.

Schmitt revela um *vácuo* na narrativa liberal que produz consequências não apenas empíricas – a histórica inabilidade posterior do liberalismo de suturar esta ferida que acaba em culminar na sua derrota –, uma vez que atinge também seu projeto normativo, sua crença de que a política pode se tornar um “mercado de interesses individuais” ou o campo de trocas de experiências racionais. Essa é a crítica da colonização da esfera política pelos domínios econômicos.

A política, para Schmitt, não pode ser refém das formas, pois ocupa a posição de *produtora* das formas (aquilo que, para Arendt, é o espaço da *natalidade*), logo, sua visão sobre o poder constituinte é um exemplo disso.⁴⁷³ Este, como *forma da natureza*, não segue outras leis que aquelas estabelecidas

forms, the unformed (*formlos*) form of all forms.” (CRISTI, R. Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power. p. 189. Tradução livre).

⁴⁷³ Analisada por Renato Cristi em: CRISTI, R. Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power.

pelo *criador*, é *formlos*, a origem da comunidade política e se manifesta no *mundo*, é uma latência, uma potência que se materializa, é um *poder* que, de modo distinto de todos os outros, é *perpetuamente constituinte*.

Essa imagem adotada por Schmitt, de uma fonte que transborda, da fonte produtora das formas que definem a comunidade política, não pode ser emoldurada, mas também, pode produzir questionamentos que levam a uma regressão ao infinito. Qual é a *fonte* anterior à fonte infinita?

Por isso, Schmitt erige uma Teologia Política, uma decisão, o *Juízo Final*, um corpo físico e uma alegoria metafísica que interrompem o regresso ao infinito,⁴⁷⁴ o processo da decisão de um *sujeito*. Schmitt tece um discurso que é, ao mesmo tempo, uma lamentação da perda do domínio monárquico e a saudação de uma nova forma de poder, o Presidente do *Reich*.

Ele *encarna o novo soberano*, o guardião da Constituição, quem decide sobre o Estado de Exceção. Tem-se, com isso, uma divinização do chefe do Executivo e a ressurreição do próprio decisionismo – que nunca esteve “morto”, mas “aprisionado”. Logo, não causa espanto que, contemporaneamente, outras teorias procurem apresentar projetos normativos que promovem a mitificação ou divinização de outros agentes e outros espaços de poder: tem-se uma disputa pelo *corpo institucional*. Aquilo que assombra a teoria de Schmitt é que ela não poderá ser abraçada em sua integralidade sem que consequências nefastas advenham de sua implementação.⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ O produtor de todas as coisas que existem é, também, o produtor do infinito. Logo, ele é uma “fonte” *sem fim*.

⁴⁷⁵ As ruínas de Weimar são incomodamente semelhantes ao momento que antecedeu o Golpe Militar no Brasil em 1964. No Brasil, com doutrinas produzidas pela Escola Superior de Guerra, para combater o “inimigo interno” e a ameaça da Revolução Cubana, precisava-se neutralizar as manifestações provenientes de sindicatos trabalhistas, de intelectuais, do clero e de organizações rurais e estudantis. João Goulart passou a defender um conjunto de “reformas de base”, envolvendo reformas no campo, nos tributos, na educação e na habitação. Anota Skidmore que: “Os seus adversários mais implacáveis – a UDN e os militares – começaram então a afirmar que Goulart não tinha a intenção de executar suas apregoadas reformas. Ao contrário, estava tentando polarizar a opinião pública e assim preparar o terreno para a tomada do seu governo pelo nacionalismo radical, que subverteria a ordem constitucional de dentro para fora. Com efeito, seus inimigos o estavam acusando de já ter violado a Constituição de 1946, fato que por si só o privava da legitimidade constitucional.” (SKIDMORE, T. Brasil: de Castelo e Tancredo, 1964-1985. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 39). A forma de depor Goulart dentro da legalidade seria o recurso ao impeachment, contudo, este demandava a maioria parlamentar da Câmara, a qual seus adversários não possuíam. Eis o cenário da contradição dos opositores que acusavam o Presidente de ter cometido ilegalidades, mas não dispunham de força política para conduzir o impeachment pelo parlamento, ainda que

Aquilo que Schmitt expõe é que todas as ordens e leis possuem uma “exterioridade”, um lado de fora que está localizado em uma política que é *anterior* e não limitada pelo direito. Uma Constituição apenas pode sobreviver se o ato político constituinte continuar a ser sustentado pelo poder político existente.

Para Hirst, a análise da soberania é, portanto, não um tema da doutrina constitucional formal, mas uma questão que procura determinar qual instituição possui a capacidade – fora-da-lei – de impor uma ordem que, por ser política, pode se tornar jurídica.⁴⁷⁶ A soberania se coloca para além da lei, uma vez que as ações do soberano no Estado de Exceção não podem ser limitadas por leis.

5.2 Entre decisionismo e republicanismo

O liberalismo político não se preocupa em definir um parâmetro de excelência moral que defina a esfera pública. Não procura prever os *fins* últimos da humanidade, ao invés de promover uma concepção particular de uma *vida boa*, os liberais insistem na tolerância, em procedimentos justos e o respeito por direitos individuais. Procura promover valores que respeitem a liberdade das

tivessem apoio de governadores, da mídia e de instituições como o IPES e de movimentos como o CAMDE (um movimento feminino contra as inflações e o comunismo). Tinha-se um governo em crise, com uma pauta reformista estabelecida, mas ante um declínio econômico e, conforme relata Elio Gaspari, enfrentava-se grande desorganização financeira por parte do governo, que gastava muito e não tinha capacidade de arrecadar tributos repercutindo em um grande déficit econômico. (Cf. GASPARI, E. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002). A Marcha da Família com Deus pela Liberdade com cerca de 200 mil pessoas foi um sinal para os oposicionistas que eles tinham respaldo do povo, ou, ao menos, de uma parcela da população insatisfeita com o governo. Contudo, o Congresso parecia inclinado a contrapor os projetos de reforma e esperar o “surto” à esquerda até o ano seguinte, pois esperava-se que em outubro de 1965 Juscelino Kubitschek enfrentasse Carlos Lacerda. Goulart projetava se lançar na disputa com uma reforma constitucional ou mesmo uma Assembleia Constituinte que, por muitos, era vista como um sinal de golpe. Mas o golpe veio do outro lado, em no dia 1º de abril de 1964. No dia 9 do mesmo mês, os militares editaram uma legislação de emergência, que suspendeu a legalidade em nome da restauração da “ordem”, o “Ato Institucional n. 1”, redigido por Francisco Campos e Carlos Medeiros da Silva. Falando *em nome* da Nação e não apenas um “grupo” e que a “revolução vitoriosa legitima-se a si própria”, e dispunha seus primeiros, “tímidos” passos para a escalada da exceção como forma de governo, nos termos do A.I. n. 1 de 1964: “Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.”.

⁴⁷⁶ HIRST, P. *Representative Democracy and its Limits*. Cambridge: Polity Press, 1990. p. 112.

peças na escolha de seus próprios valores, a questão é, como assinala Sandel, que a própria liberdade, a tolerância e a justiça são, em si, valores que ofuscam a possibilidade de uma defesa estritamente procedimental da organização da esfera política.⁴⁷⁷

A tradição republicana está pautada, por sua vez, na virtude cívica, a qual é contrastada pela corrupção. Propõe a reunião das complexas identidades dos sujeitos modernos e observa que esta reunião é vulnerável a, pelo menos, duas formas de corrupção: i) o fundamentalismo, pois, ao questionar a soberania dos Estados e dos sujeitos, pode provocar reações contrárias que procurem reafirmar a identidade “perdida”, “restaurar” ou “conservar” a soberania, a nação, a cultura por meio de vinganças; ii) o perigo da ausência de forma (protean) e de história, sujeitos incapazes de entrelaçar, narrar suas identidades dentro do corpo institucional fornecido pela esfera pública.

Eis que a comunidade política depende das narrativas nas quais as pessoas *produzem sentido* de suas condições (subjetivas) e de interpretações da vida em comum que é compartilhada por elas.⁴⁷⁸ Por isso, as deliberações públicas não podem ser restritas apenas a políticas concorrentes, devem estar abertas para interpretações divergentes da própria *identidade* da comunidade, de suas finalidades, suas propostas e seu passado, pois: “A perda da capacidade de narração seria o equivalente ao último desempoderamento do sujeito humano, pois, sem narrativa não há continuidade entre presente e passado e, logo, não há responsabilidade e logo, nenhuma possibilidade de agir em conjunto para nos governarmos.”⁴⁷⁹

Por isso, Hannah Arendt vasculhou na *tradição* modelos alternativos para a sua realidade política. Contudo, de forma distinta ao projeto de Schmitt, sua aposta foi na reconstrução e renovação do republicanismo e na *elaboração* da perda da tradição. Ao contrário de Schmitt, Arendt procura nos rastros do

⁴⁷⁷ SANDEL, M. J. *Democracy's Discontent*. p. 7-8.

⁴⁷⁸ SANDEL, M. J. *Democracy's Discontent*. p. 350.

⁴⁷⁹ “The loss of the capacity for narrative would amount to the ultimate disempowering of the human subject, for without narrative there is no continuity between present and past, and therefore no responsibility, and therefore no possibility of acting together to govern ourselves.” (SANDEL, M. J. *Democracy's Discontent*. p. 351. Tradução livre).

passado fagulhas que possam iluminar o *presente*, busca traçar um projeto emancipador e não mimetizar o conservadorismo.

O problema da relação entre os momentos revolucionários e o governo constitucional é outro ponto de preocupação compartilhado por Arendt e Schmitt. Deve-se reconhecer que os autores possuem tópicos marcados por grande distinção teórica, mas, também, versam de maneira análoga sobre outros temas, um exemplo é a crítica ao esvaziamento da esfera política promovida pelos valores liberais. A forma de estruturar suas respostas para os problemas da modernidade também guardam encontros e separações, trata-se na sequência, em específico, da questão das revoluções e da produção da Constituição.

Tanto para Schmitt como para Arendt, a revolução francesa ocupa o papel de precursora dos modelos nacionalistas autoritários fundados em movimentos de massas. A revolução francesa, que procurou estender seu *espírito* libertador de forma universal e, de fato, conseguiu que suas ideias fossem recebidas em diferentes partes do mundo, foi, por exemplo, de fundamental inspiração para os movimentos de libertação colonial na América Latina.

Porém, afirma William Scheuerman, tanto Arendt como Schmitt apresentaram interpretações anacrônicas da revolução francesa, ao equipararem de maneira equivocada os movimentos de massa do século XX que redundaram em governos ditatoriais com os acontecimentos desta revolução.⁴⁸⁰ Ademais, Arendt se distancia da tradição francesa, ao antepor a revolução dos Estados Unidos como modelo adequado de *promover* e *encerrar* uma revolução.

O constitucionalismo não pode ser limitado ao Estado de Direito, apenas o conjunto de normas que limita o poder de um soberano não constitui uma Constituição. Elementos que “amarram” o poder são, de fato, elementos que fazem parte da produção constitucional, mas decisões políticas também precisam estar presentes para que uma Constituição possa ganhar vida. Assim,

⁴⁸⁰ SCHEUERMAN, W. E. *Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt*. In: DYZENHAUS, D. *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998. p. 253.

o constitucionalismo não apenas limita o poder político, mas demanda uma intenção, o exercício determinado do poder político.⁴⁸¹

A experiência francesa apontou para um dos pontos fracos do constitucionalismo liberal, ou seja, a falha em levar a sério o poder constituinte. Por intermédio de Sieyès, os franceses estabeleceram um poder constituinte soberano e indivisível e atribuíram o exercício deste poder, limitado apenas pelo direito natural, ao *Povo*. Os americanos mostraram que o processo de produção da Constituição demanda um *Povo* homogêneo, unido e com capacidade de ação política. Em sua tese, o *Povo* é sempre *constituído*, fonte de todo poder e de todos eventos políticos.

Assim, o poder constituinte não é apenas uma ficção legitimadora, já que o *Povo* possui características culturais para a formação da unidade da comunidade política, para fundar a Nação em um grupo étnico previamente estabelecido.⁴⁸²

Contudo, a tese de Sieyès que defende a Nação não abrange a perigosa identificação étnica de Schmitt com a formação da Nação – a busca schmittiana pela transposição da ficção para a realidade produz uma perigosa determinação. Sieyès entende que a Nação é o *corpo de associados* que vivem sob as mesmas leis e são representados pela mesma assembleia legislativa. Para ele, as liberdades políticas e civis pertencem a todos, de forma indistinta, e as etnias estão misturadas.⁴⁸³

Um dos pontos de maior distanciamento entre a perspectiva de Schmitt e a revolução francesa é o caráter universalista desta, o qual é anteposto pela preocupação relacionada à formação de uma comunidade com profunda identificação cultural, linguística e racial da teoria schmittiana. A extensão do *nós* é radicalmente distinta. Um dos exemplos pode ser visto na Constituição Jacobina de 1793, que na sua definição de cidadania incluía: estrangeiros com

⁴⁸¹ SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. p. 125

⁴⁸² “The people become conscious of their capacity to act politically and provide themselves a constitution under the presupposition of the existing political unity and of the capacity to act that is expressly affirmed at the same time. The process was so effective and pronounced because the fundamental political decision rested above all on the French people becoming *conscious* of their character as a subject capable of acting and of determining its political destiny.” (SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. p. 102).

⁴⁸³ SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa*. p. 58.

21 anos que, domiciliados na França por um ano e que tivessem o próprio sustento pelo trabalho, ou adquirissem propriedade, ou casassem com uma mulher francesa, ou adotassem uma criança, ou sustentassem uma pessoa idosa ou, por fim, fossem considerados pelo legislativo como *dignos de tratamento humano* – a princípio, qualquer pessoa, ainda que se deva desconfiar da amplitude do lastro do conceito de “dignidade humana” em seus primeiros esboços.

Arendt, por sua vez, considerou a revolução francesa como catastrófica por ter organizado o poder com justificações de forças sobre-humanas e viu nela muito mais as manifestações da violência do que as potencialidades de redefinição dos poderes instituídos.

A França, para Arendt, é o local da violência das multidões, da destruição das instituições políticas que não redundaram em contribuições históricas reprodutíveis, eis que o resultado final da revolução é o advento de uma ditadura. Por isso, o mesmo anacronismo ou a projeção de problemas do século XX no século XVIII realizado por Schmitt é feito por Arendt.

Outro ponto em comum entre Arendt e Schmitt está na crença de que os franceses falharam em sua tentativa de escapar dos paradoxos do círculo vicioso da política de fundação da nação – ambos observam como herança francesa a formação das ditaduras de massas. Napoleão é o ditador que encarna o poder constituinte e este é o problema da fundação, o ato arbitrário que o torna possível em primeiro lugar.

Por outro lado, para Schmitt a decisão do soberano que funda a nação não é problemática, ela está em sintonia com sua visão de decisionismo e de poder constituinte. Em sentido diverso, para Arendt, a revolução francesa é uma receita para a *revolução permanente*, para tentativas repetidas de desintegrar as formas constitucionais em nome de quaisquer grupos que se arrogam o poder constituinte. Por isso, no caso americano, uma das principais qualidades da revolução foi a de abolir a soberania no corpo político da República e oferecer uma perspectiva “autêntica” da cidadania.

Arendt advoga que, contra o perigoso decisionismo francês, a crença dos americanos na Constituição representa uma importante manifestação da resiliência de sua comunidade política. O poder foi originado no *Povo*, mas a Constituição se tornou a fonte dos direitos, um documento escrito que permite a formação da identidade nacional de forma republicana e não com base na cultura ou na etnia. A força do modelo constitucional dos Estados Unidos está na produção de uma *vida política* compartilhada, baseada na deliberação e nas promessas mútuas.

É isso que *salva* os americanos da própria *arbitrariedade* de seu início. O ato performativo de fundação, originário e arbitrário pode ser salvo, na leitura de Arendt, pelo conjunto de princípios que agrilhoam puros interesses e a violência, expressados no caso francês.

O republicanismo que está no berço americano permitiu que estes preservassem a comunidade política que, por sua vez, resguardou tais princípios. Denota-se um governo constitucional que traduz e petrifica os valores positivos da revolução. De modo distinto de Schmitt, que criticava o aspecto deliberativo do liberalismo, Arendt afirma que o legado da revolução americana estava justamente no seu caráter deliberativo e na sua capacidade de produção de formas políticas emancipatórias, baseadas na reciprocidade.

Scheuerman explica que a visão otimista de Arendt em relação à Suprema Corte é um ponto frágil em sua teoria.⁴⁸⁴ A ausência dos Anti-Federalistas em seu livro “Sobre a Revolução”, e sua visão de que o Senado romano, portador da *auctoritas*, teria sido substituído pela Suprema Corte é um transplante entre instituições sem problematizações. Um dos principais pontos da rejeição do conceito de *auctoritas* no novo corpo é a ausência de legitimação democrática da Corte. Contudo, tais temas não aparecem como dilemas para Arendt.

Para ela, a Suprema Corte, ao seguir a ideia de *auctoritas* romana, produz um *aumento* da Constituição o qual é baseado nas raízes (republicanas) deixadas pela fundação da nação. Possui, assim, o papel de aumentar e

⁴⁸⁴ ARENDT, H. *On Revolution*; SCHEUERMAN, W. E. *Revolutions and Constitutions*. p. 269.

conservar a norma fundamental e este papel lhe é garantido pelo exercício de um processo contínuo de produção da Constituição, uma espécie de assembleia constituinte em sessão permanente.⁴⁸⁵

Ainda, Arendt critica a tradição europeia continental por reduzir a produção da Constituição a nada mais que o monopólio de *experts* técnicos. Porém, este é exatamente o dilema enfrentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos – a dificuldade contramajoritária.⁴⁸⁶ Ela afirma que as emendas constitucionais permitem que o *Povo* reedite o momento de fundação da nação, porém, o lugar adequado das emendas constitucionais fica indefinido por sua aposta muito forte na Suprema Corte.

Schmitt também reconhece que as emendas possuem um lugar privilegiado no ordenamento normativo, para além da produção legislativa regular. Um dos principais pontos de sua tese é que as emendas não podem ser utilizadas para refundar a Constituição “por dentro”, as emendas não podem promover ou criar uma *nova* identidade do sujeito constitucional – esta é uma decisão do poder constituinte originário, do *Povo*, revestido pelo manto democrático da soberania popular.

A proposta de Ackerman de períodos episódicos em que o *Povo* se manifesta dentro da gramática constitucional estabelecida e revisa parte de sua arquitetura e preserva outra parcela não difere, portanto, de forma radical do projeto de Schmitt e é herdeiro do republicanismo proposto por Arendt.⁴⁸⁷ A democracia dualista possui um esqueleto conceitual que se assemelha à perspectiva decisionista de Schmitt tanto no que tange à soberania do *Povo* que

⁴⁸⁵ ARENDT, H. *On Revolution*. p. 200. Como aponta Scheuerman, o uso deste conceito por Arendt na obra “On revolution” parece contradizer o conceito de autoridade utilizado pela autora no texto “What is Authority?”, enquanto no primeiro a ideia de autoridade se apresenta como na contínua discussão constitucional da Suprema Corte, pela deliberação, presente no ato de fundação, o segundo ensaio (mais antigo) define que a autoridade é incompatível com a persuasão, a qual pressupõe igualdade e argumentos, pois onde argumentos são utilizados a autoridade é suspensa. Cf. SCHEUERMAN, W. E. *Revolutions and Constitutions*. p. 269-270; ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*.

⁴⁸⁶ ARENDT, H. *On Revolution*. p. 144.

⁴⁸⁷ Andrew Arato explica que: “Also at issue is whether or not a constitution restricts its own self amendment, the structure of the separation of powers, federalism, the basic nature of elections, and the amendment itself, all of which are central to the identity of a constitutional order, are not or ought not be revisable through mere constitutional amendment.” (ARATO, A. Carl Schmitt and the revival of the doctrine of the constituent power in the United States. In: *Cardozo Law Review*. v. 21, n. 5-6, 2000. p. 1740.).

define seus momentos de fundação, bem como na distinção entre a política comum e o momento de produção legislativa constitucional. Um ponto de distinção está no fato de que Schmitt aceita o conceito de uma emenda constitucional inconstitucional,⁴⁸⁸ enquanto esta é oposta à tese de Ackerman.

De acordo com Andrew Arato, não é possível saber se Schmitt afirma que a revisão do núcleo da Constituição não *pode* ou não *deve* ser modificado,⁴⁸⁹ pois, mesmo que ele tenha debatido com Kelsen sobre quem deve ser o guardião da Constituição,⁴⁹⁰ ou seja, quem é o ator político legitimado para realizar a proteção dos valores constitucionais, a forma de controle de constitucionalidade proposta por Schmitt não dá respostas para a forma como emendas inconstitucionais seriam invalidadas.

Ao que tudo indica, Schmitt aposta suas fichas no soberano que, em uma democracia seria o *Povo*, que não permitiria mudanças radicais nos regimes políticos dos países. O problema está em como pode agir o soberano em relação às alterações que atingem os direitos fundamentais ou a separação de poderes. Ou seja, nos pontos que definem a parte rígida da identidade do sujeito constitucional. Afirma Arato que: “Como é bem sabido, Schmitt é dificilmente um inimigo de mudanças constitucionais significativas. Todas estas mudanças, contudo, de acordo com ele, devem assemelhar-se ao ato original de criação constitucional e requer que o poder constituinte reafirme suas prerrogativas completamente ilimitadas.”.⁴⁹¹ Isso é possível pois, para Schmitt, o poder constituinte não está adormecido, trata-se de uma *reserva de poder*, uma *potência* que não se exaure no momento da criação da Constituição.

⁴⁸⁸ Para Schmitt, emendas constitucionais inconstitucionais podem existir e elas são o sinal da falha da guarda da Constituição. As Cortes poderiam ser manipuladas pelos parlamentos e, por isso, a Constituição restaria desprotegida de estatutos inconstitucionais, inclusive de emendas constitucionais inconstitucionais. Logo, a Constituição precisa ser protegida contra o legislativo, tarefa que deve ser realizada por uma autoridade que detenha legitimidade democrática, ou seja, o chefe do executivo. Cf. SCHMITT, C. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998.

⁴⁸⁹ ARATO, A. Carl Schmitt and the revival of the doctrine of the constituent power in the United States. p. 1740.

⁴⁹⁰ Cf. KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁴⁹¹ “As is well known, Schmitt is hardly an enemy of significant constitutional change. All such change, however, according to him, must fully resemble the original act of constitutional creation, and requires the constituent power to reassert its entirely unlimited prerogatives.” (ARATO, A. Carl Schmitt and the revival of the doctrine of the constituent power in the United States. p. 1740. Tradução livre).

Os poderes constituintes serão, por definição, legítimos, mas extrajurídicos. Aqui, o problema dos pais fundadores pode ser *reencenado*. A diferença entre extralegalidade e ilegalidade está no fato do reconhecimento como válido de um conjunto de normas anteriores ou a deposição do sistema jurídico. A separação pode ser realizada em uma zona de conforto apenas no campo teórico, pois, no plano empírico, aqueles que demandam uma nova comunidade política vão ser proscritos, banidos, presos, identificados como ilegais. A extralegalidade desenha uma linha tênue visto que ela está inscrita na *fronteira* entre a ordem normativa prévia e a vindoura.

Schmitt entende que a extralegalidade é assumida quando o poder constituinte genuíno está no comando. Isso vai ocorrer com a mobilização das massas, em sintonia com seu conceito de democracia, o qual depende de uma identificação do *Povo* com seus representantes, com aqueles que estão atuando *em nome do Povo*.

Por sua característica volátil, o poder constituinte pode ser falseado, ou seja, enfrentar a dificuldade de diferenciar entre a extralegalidade e a ilegalidade. Aquilo que é determinante não é tanto a identificação precisa de um ou outro momento, mas as repostas que Schmitt fornece para os levantes, para as rebeliões ou formas anárquicas. A estabilização das manifestações e o reencontro da homogeneidade são tarefas incumbidas ao ditador.

Da mesma forma que, para os pais fundadores, o conceito de democracia não era o mesmo que contemporaneamente é compartilhado na gramática política – uma vez que estes viam a democracia como algo a ser temido, como um perigo a ser refreado –, Schmitt também possui sua própria visão sobre a democracia.

Sabe-se que a democracia não pode ser predicada no singular, existem diferentes formas democráticas e o conceito de Schmitt não coloca a democracia como oposta à ditadura. Uma das razões está conectada com a forma como ele percebe a ditadura, uma vez que resgata a dicotomia romana entre ditadura comissária e soberana. O poder constituinte age, por isso, na forma de uma ditadura soberana.

A distinção proposta por Sieyès entre poder constituinte e constituído foi, de certa maneira, antecipada na tradição dos Estados Unidos na forma da ação do *Povo* contraposta aos atos do governo. Para Thomas Paine, as constituições deveriam estar baseadas em atos do *Povo* que definem um governo e não nas ações que o governo de forma vertical vem a impor sobre seus cidadãos.⁴⁹² Essa postura não pode ser delegada apenas a uma ala mais radical dos revolucionários dos Estados Unidos, pois a justificação que apresenta o *Povo* como realizador de correções dos atos do governo reaparece em Madison, Hamilton e no próprio caso *Marbury vs Madison*, o qual é usado para justificar o controle de constitucionalidade.

Uma diferença importante entre Carl Schmitt e o léxico constitucional dos Estados Unidos está no fato de que, no caso deste o conceito de *Povo* como poder constituinte não se encontra em “estado de natureza”, mas já estabelecido em assembleias, convenções e pequenos conselhos. Os quais, por sua vez, foram idealizados por Arendt como a forma para solucionar o problema da representação política entre governantes e governados.⁴⁹³ No caso de Schmitt, o problema da representatividade democrática tem como solução normativa a figura do Presidente.⁴⁹⁴

Na perspectiva de Ackerman, a organização do *Povo* promoveu mudanças constitucionais internas referidas como a “Reconstrução” e o “New Deal”, ou seja, formas *extralegais* de atualização da identidade do sujeito constitucional. As mudanças foram justificadas pelo momento de fundação como

⁴⁹² Thomas Paine atribui à Declaração dos direitos o papel de um “início” absoluto e reivindica o direito de cada geração, a partir do zero, de reinventar o futuro. A soberania absoluta do *demos* não pode ser condicionada pela experiência do passado. Essa é característica do ímpeto revolucionário, o senso de uma liberdade transbordante, não apenas capaz de moldar o mundo, mas também de estimulá-lo na direção de uma meta crescente de civilidade. Cf. PAINE, T. *Collected writings*. New York: Library of America, 1995.

⁴⁹³ ARENDT, H. *On revolution*.

⁴⁹⁴ Explica Böckenförde que: “In Schmitt’s work, representation always relates to the political unity of the people, i. e., the state; it does not mean representation of the society vis-à-vis the state or representation of interests within the society. Moreover, the subject of representation is not the people *in* the state but, rather, the politically united and organized people which is the state itself. (...) Representation is conceived of in a rather static way; it means representation of something invisible and yet real, which thereby is made visible. Representation thus appear like a picture of something already present rather than a process of actively bringing about unity and conscience of commonality.” (BÖCKENFÖRDE, E. *The Concept of the Political*. p. 49-50). Nos termos de Schmitt: “To represent means to make an invisible being visible and present through a publicly present one. The dialectic of the concept is that the invisible is presupposed as absent and nevertheless is simultaneously made present.” (SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. p. 243).

ato político e não pela própria Constituição, as ações dos fundadores que emergiram para além da legalidade e arguíram legitimidade, *em nome do Povo* para criar uma nova ordem política – o *novus ordo seclorum*.

Aquilo que foge do espectro da tradição constitucionalista dos Estados Unidos é que ante os diferentes meios pelos quais uma *revolução* normativa pode ocorrer demanda-se, também, uma *revolução* política, que acaba por ficar em segundo plano em suas narrativas. Mesmo o constitucionalismo popular de Kramer não leva até as últimas consequências os resultados possíveis derivados de um levante popular.

Schmitt, por outro lado, possui plena consciência de que a revolução política não pode ter papel secundário na teoria do poder constituinte. As revoluções são a porta de entrada para a anarquia, assim como para a guerra civil. Por isso sua ideia de ditadura se apresenta como a outra faceta do momento constituinte.

Assim, as propostas que procuram tratar do poder constituinte fora dos limites da legalidade possuem duas perspectivas, de uma revolução baseada em novas formas de legitimação e da extralegalidade promovida por uma instituição que já detém legitimidade. Logo, a revolução pode substituir o poder constituinte por outro “novo” ou pode acomodar um poder constituinte contínuo, que substitui uma Constituição por outra. Nos termos de Arato: “Quando, durante uma crise, o ditador legítimo muda a constituição, nós encontramos a ocorrência do auto-golpe – o golpe de estado contra si mesmo, ou melhor, de uma parte do governo contra suas outras partes.”⁴⁹⁵

A perspectiva populista que procura observar a história constitucional dos Estados Unidos se aproxima, por isso, da teoria do poder Constituinte de Schmitt, com sua crença de que um processo democrático de produção de emendas à Constituição ou a revisão da identidade do sujeito constitucional precisa reproduzir o momento da fundação, o processo de produção da

⁴⁹⁵ “When, during crisis, the legitimate dictator changes the constitution, we encounter the occurrence of the auto-golpe – the coup of the state against itself, or rather, of part of the government against its other parts.” (ARATO, A. Carl Schmitt and the revival of the doctrine of the constituent power in the United States. p. 1746).

Constituição o *higher lawmaking* de Ackerman.⁴⁹⁶

É isso que explica Sietzer, ao expor que Schmitt defende que um certo conjunto de direitos presentes na Constituição representa as *decisões fundamentais* do povo alemão e que, por ocuparem esta posição, formam o eixo central de todo o sistema. Logo, as decisões não podem ser modificadas pelo processo regular de emenda constitucional. Apenas um novo ato de produção da Constituição pode fazer com que venha a tona uma nova forma de ordenamento político e social.⁴⁹⁷

Uma marca comum da *metafísica da presença*, da manifestação do *eterno* como *presença* é a desconsideração de que o “ser” no tempo se encontra em diferentes intervalos temporais, os quais se elastecem entre o passado e o futuro. O presente é um *traço* de uma duração temporal e, se a presença é assumida como a *essência* do significado, logo, aquilo que é remoto na relação entre um significante e um significado indica que o significante não está disponível, é incapaz, é parcialmente apto para *refletir* a presença do significado.

A interação entre a proximidade e a distância também é uma relação entre *mortos* e *vivos*, *amigos* e *inimigos*, *interioridade* e *exterioridade*. Tais interações se encadeiam, no próximo capítulo, com as questões da legitimação, da diferença entre os pré-compromissos e os compromissos, em uma busca pela retomada da temporalidade na tensão entre constitucionalismo e democracia. Por isso, trata-se de reflexões não apenas sobre os vivos, mas, também uma disputa sobre quem *fala em nome* dos mortos, do passado, da continuidade dos acordos feitos por *outros*, ausentes e “presentes”.

⁴⁹⁶ Como explica Arato: “Here, a knowledge of Schmitt's relevant works and political career would have warned Ackerman that it is a grave mistake to make the presidency the source of constitutional innovation. To the extent that Schmitt also entertained the possibility that the *pouvoir constituant* could inhere in a presidential leader through popular identification, he, too, betrayed the authoritarian, Bonapartist side of his supposedly populist democratic theory of the constituent power. Those who follow Schmitt, whether or not they know his theory, compromise democratic legitimacy that is not attainable, as Hannah Arendt well knew, outside of both institutions and legality.” (ARATO, A. Carl Schmitt and the revival of the doctrine of the constituent power in the United States. p. 1747).

⁴⁹⁷ SEITZER, J. Carl Schmitt's Internal Critique of Liberal Constitutionalism. p. 297.

6. Mortos e vivos

A nova identidade do sujeito constitucional vive o problema de sua estabilização e um dos fatores que acabam por definir como tal processo de instucionalização vai ocorrer, é justamente, a *legitimação* que precisa ser produzida pelos novos mecanismos de poder burocrático. Ademais não existe um padrão absoluto no que tange à relação entre o passado e a transição institucional.

Um dos grandes problemas relacionados com a fundamentação tanto do Direito como da política é o que trata da legitimidade de suas práticas. De acordo com Adeodato, quando se trata de legitimidade, pensa-se no poder efetivo de decidir e exigir condutas qualificando-o como legítimo ou ilegítimo, almejando-se algum critério objetivo para sua distinção e que, adicionalmente, o poder legítimo se apresentará aprioristicamente como mais desejável, independentemente da razão que venha a ser utilizada para este fim.

Outra característica própria da legitimidade trata da possibilidade de distingui-la por critérios formais e materiais. Os critérios formais procuram identificar, prescindindo dos conteúdos empíricos, os meios pelos quais ocorrem a institucionalização e a sucessão do poder, considerando o encaixe entre um determinado conjunto de regras previamente estabelecidas e a prática do poder por seus agentes. Os critérios materiais, por sua vez, enfatizam os aspectos empíricos, procurando confirmar conteúdos a partir das práticas de poder exercidas na sociedade.⁴⁹⁸

Sobre a relação entre legalidade e legitimidade, esta pode ser dividida em três níveis. Como argumenta Habermas, em um primeiro estágio tanto a legalidade quanto a legitimidade são necessárias, mas não podem ser consideradas *suficientes* se avaliadas de maneira isolada, o exercício do poder precisaria, ao mesmo tempo, possuir legitimidade e respeitar a legalidade; em uma segunda superfície, pode-se observar a legalidade e a legitimidade como

⁴⁹⁸ Conforme afirma Adeodato: “A viabilidade gnoseológica de um conceito como o de legitimidade vai depender de sua universalidade, isto é, da amplitude do universo para o qual é válido.” (ADEODATO, J. M. L. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 21).

autossuficientes, por isso, independentes; em um terceiro grau, legitimidade e legalidade se fazem necessárias e são consideradas suficientes isoladamente, por isso, o exercício do poder de uma delas implica a necessidade da outra.⁴⁹⁹

Perante o monopólio da produção jurídica pelo Estado, observa-se o fenômeno da positivação do direito, em que a legitimidade torna-se legitimação, ou seja, há a transposição do problema da fundamentação para o fundamento da ação legitimadora do Estado e do ordenamento jurídico. A legitimidade passa a ser autoreferenciada e o poder jurídico-político, ainda que se utilize de disfarces com conteúdos, passa a se autolegitimar.⁵⁰⁰

Contudo, nem todas as comunidades políticas enfrentam o problema da autocriação artificial; existe a alternativa de passar pela *renovação* da identidade do sujeito constitucional. As transições “negociadas”⁵⁰¹ como as que ocorreram na Espanha em 1977, no Brasil e em outros países da América Latina na década de 1980, em países do Leste Europeu no início da década de 1990, assim como na África do Sul, possuem vantagens no sentido da construção de instituições democráticas, pois não partem do “zero”.⁵⁰²

Evitam o hiato revolucionário em que todas as novas instituições parecem construídas sob solo arenoso. Porém, enfrentam dilemas posteriores, como as formas de legitimação dos novos governos e a restauração da sociedade civil. Crises de legitimidade que podem ensejar novas manifestações, se a sociedade

⁴⁹⁹ Cf. HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. London: Heinemann, 1976.

⁵⁰⁰ O esvaziamento de conteúdos para a legitimação enfrenta o risco de criar uma estrutura de poder totalitária. Como expõe Adeodato: “A imagem revela um poder organizado de tal modo que sua legitimidade não vem de fora ou de cima mas sim de dentro: camadas superpostas sobre o núcleo de poder, onde o fato de cada uma delas só ter contato com uma camada interna e outra externa esconde as verdadeiras dimensões da realidade.” (ADEODATO, J. M. L. *O problema da legitimidade*. p. 55-56).

⁵⁰¹ A referência a transições “negociadas” não procura eclipsar as críticas à presença de matizes autoritários nos processos de transição em diferentes países.

⁵⁰² De acordo com Rosenfeld: “In more general terms, all complex contemporary constitutional democracies must confront a set of important common issues including: the relation between national and constitutional identity; internal pluralism, whether individual-based, group-based, or both; the relationship between the constitutional self and the external other; the conception and deployment of the constitutional subject; the relationship between the prevailing constitution and constitutionalism; and that between the latter and democracy. All plausible constitutional models must be able to cope with these issues, but what distinguishes one such model from the next is that each is prone to dealing differently with them. And because of that, each constitutional model is likely to process the crucial issues mentioned above in its own unique way and to yield a different ordering of the same basic ingredients.” (ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject*. p. 150).

civil não observa a si própria como devidamente *representada* nos processos de *diálogo* e *decisão* das novas molduras institucionais. Ao contrário das transições negociadas, as Constituições que resultam de processos revolucionários que produzem rupturas profundas, contam, via de regra, com maior legitimação popular mas com maiores problemas para institucionalizar o hiato de poder que enfrentam.

A democracia dualista de Ackerman contribui, neste tópico, para que se tenha maior precisão quanto aos processos de atualização dos sistemas normativos com alcance constitucional e os processos de produção legislativa regular. Mesmo que tal forma conceitual não possua o amplo alcance para lidar com momentos de atualização da identidade do sujeito constitucional fora do escopo da legalidade.

Deve-se considerar a diferença entre os momentos de criação da Constituição e de emenda constitucional, de modo a habilitar que o processo de emenda mantenha-se democrático. Assim, a manutenção da legalidade com mudanças da identidade do sujeito constitucional nem sempre pode ocorrer, como no caso das transições de regimes autoritários com Constituições muito rígidas.

Por isso, Arendt argumenta, em sua crítica a Sieyès – e, de maneira indireta, a Carl Schmitt –, que o poder constituinte no estado de natureza não pode ser a base para a fundação de uma democracia constitucional viável. Os casos das transições no Leste Europeu no final do século XX apresentam um interessante exemplo nesse sentido, eis que procuraram conciliar mudanças políticas substantivas – o fim do comunismo – com a manutenção do passado, ou seja, a ficção da continuidade da legalidade, mesmo ante uma história definida pela ilegalidade.

A ideia de Arendt de que a ação política é um instante *inaugural* a aproxima dos teóricos que tratam do extraordinário, porém, é possível encontrar em sua obra outra dimensão que se coloca além da dicotomia entre o extraordinário e o ordinário, *rupturas* versus *procedimentos*. Como ressalta Honig, Arendt procura fornecer um compromisso com o político que vai além dos

modelos procedimentalistas ou deliberativos, eis que enfatiza os poderes políticos inaugurais, revolucionários, as rupturas que a autodeterminação política apresenta que acabam por não estar necessariamente atreladas por formas anteriores.⁵⁰³ O político como espaço do imprevisível, da ação, da natalidade desafia as leituras que procuram enfatizar apenas os aspectos *conservadores*, estabilizadores que Arendt defende – *em nome* do próprio político.

Se é possível construir uma ponte entre o hiato temporal produzido pelo período de fundação e a institucionalização, compreendida na produção das constituições, os paradoxos de fundação poderiam ser limitados a esta transposição, estariam resolvidos com a estabilização de uma nova ordem política. Contudo, essa imagem negligencia a continuidade da violência que está no cerne do Direito,⁵⁰⁴ bem como a continuidade do paradoxo da política. As estratégias indicam que o estabelecimento de regimes *em nome da lei* seriam “não violentos”, pois representam a autofundação, ou *em nome* da soberania popular, que se apresenta como a representação da vontade de *todos*, como o *Povo* que ainda não se formou.

O procedimentalismo nega que a democracia constitucional engendra uma batalha entre o *passado* e o *presente*. A democracia constitucional fornece a estrutura adequada para o desenvolvimento da relação entre o constitucionalismo e a democracia. A democracia deliberativa entende que estes estão mutuamente implicados, são cooriginários, da mesma importância conceitual e nenhum antecede ao outro.⁵⁰⁵

A ausência de um poder *encarnado* em uma autoridade transcendente demanda uma garantia, uma fonte de legitimação, uma vez que a imagem orgânica da organização social não é suficiente para representar os conflitos presentes na comunidade política. Por isso, a democracia se caracteriza pela

⁵⁰³ HONIG, B. *Emergency politics*. p. xviii

⁵⁰⁴ Cf. LORENZETTO, B. M. *Direito e Desconstrução: as aporias do tempo, do direito e da violência*. Belo Horizonte: Arraes, 2013; DOUZINAS, C. GEAREY, A. *Critical Jurisprudence*.

⁵⁰⁵ Cf. HABERMAS, J. Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles? In: *Political Theory*. v. 29. n. 6, 2001.

dissolução dos sinalizadores de *certeza*. Sem limites claramente definidos,⁵⁰⁶ o constitucionalismo e a democracia precisam de constante redefinição.⁵⁰⁷

De acordo com a perspectiva liberal, a autodeterminação dos cidadãos precisa ser estabelecida por meio da lei, dos meios estruturais que garantem a própria liberdade. Assim, a ideia de Estado de Direito é predominante enquanto a soberania popular surge em segundo plano. Tal dualismo, para Habermas, levanta a questão da relação entre o princípio democrático e o constitucionalismo.⁵⁰⁸

Logo, nessa seara, falar em democracia e autogoverno se apresenta como uma redundância, pois aquilo que precisa ser averiguado é a justificação da democracia constitucional, a legitimação do regime. Esta precisa ser estabelecida na concordância entre a autodeterminação e o conjunto de normas fundamentais. É isso que torna, para Habermas, ambos princípios cooriginários, a democracia e constitucionalismo não podem ser produzidos de maneira independente, porém, um não limita o outro.⁵⁰⁹

Os conceitos são independentes, mas são relacionados por inferências materiais.⁵¹⁰ Assim, a relação paradoxal entre democracia e constitucionalismo

⁵⁰⁶ MOUFFE, C. *O regresso do político*. p. 24.

⁵⁰⁷ Cf. KOZICKI, K. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, R. M. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

⁵⁰⁸ HABERMAS, J. *Constitutional Democracy*. p. 766. Essa tensão pode ser apresentada na dicotomia entre a ausência de restrições à soberania popular para editar as leis que irão organizar a comunidade política, mas, por outro lado, o próprio conjunto legislativo estabelecido, ou os limites antepostos para a edição legislativa, como a necessidade de respeito aos direitos fundamentais, que acabam por tensionar a suposta capacidade ilimitada de autodeterminação identificada na soberania popular. Nesse sentido: “A teoria discursiva do Direito e da Democracia rompe com os modelos explicativos tradicionais ao fundar a legitimidade do direito moderno numa compreensão discursiva da Democracia. Como demonstrado pela própria história institucional da modernidade, o direito positivo, coercitivo, que se faz conhecer e impor pelo aspecto da *legalidade* precisa, para ser *legítimo*, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade que recebam os influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo *status* político não depende de pré-requisitos (de renda, educação, nascimento etc.). A essa relação entre positividade e legitimidade Habermas denomina tensão *interna* entre facticidade e validade, pois presente no interior do próprio sistema do Direito.” (NETTO, M. C.; SCOTTI, G. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 110-111).

⁵⁰⁹ HABERMAS, J. *Constitutional Democracy*. p. 767.

⁵¹⁰ “Rousseau and Kant both formulated this intuition in the concept of autonomy. The idea that the addressees of the law must also be able to understand themselves as its authors does not give the united citizens of a democratic polity a voluntaristic, *carte blanche* permission to make whatever decisions they

se autorresolve na dimensão do tempo histórico, uma vez que a Constituição é um projeto que torna a *fundação* um ato de contínua *produção da Constituição* que permanece ao longo das gerações.⁵¹¹

A imagem cooriginária, de que o direito e a democracia são *gêmeos siameses*, é enfraquecida com a anterioridade de um conjunto de “leis fundamentais”, apresentadas como condição *necessária e suficiente* para o próprio processo democrático.⁵¹² A resposta para o dilema, para o assombro do passado em que a democracia *definiu* a democracia é a natural demanda a um conjunto de leis, em que a democracia ocupa o papel de fonte de legitimação e um constitucionalismo que não demande legitimação – algo que só pode ser pensado em um plano fictício e, talvez, temível mundo *pós-consensual* – não apresenta qualquer paradoxo.⁵¹³

O paradoxo está no fato de que Rousseau condenava as assembleias que eram organizadas de maneira “espontânea” como ilegítimas. Apenas uma assembleia que tivesse sido reunida em um *dia marcado* poderia produzir leis de maneira adequada.⁵¹⁴ As assembleias deveriam ser convocadas pelos magistrados, caso contrário seriam consideradas nulas as manifestações do povo que não tivessem sido aprovadas *anteriormente* pela *lei* eram ilegítimas, não poderiam *criar leis*.⁵¹⁵

like. The legal guarantee to behave as one pleases within the bounds of the law is the core of private, not public, autonomy. Rather, on the basis of this freedom of choice, citizens are accorded autonomy in the sense of a reasonable will-formation, even if this autonomy can only be enjoined and not legally required of them. However, neither Rousseau nor Kant could find an unambiguous way of using the concept of autonomy for the justification of constitutional democracy. It is true, of course, that in the Conflict of the Faculties, Kant went beyond the systematic boundaries of this philosophy and raised the French Revolution to the level of a ‘historical sign’ for the possibility of a moral progress of humanity. But in the theory itself we find no trace of the constitutional assemblies of Philadelphia and Paris – at least not the reasonable trace of a great, dual historical event that we can now see in retrospect as an entirely new beginning. With this event began a project that holds together a rational constitutional discourse across the centuries.” (HABERMAS, J. Constitutional Democracy. p. 768).

⁵¹¹ HABERMAS, J. Constitutional Democracy. p. 768.

⁵¹² HABERMAS, J. Constitutional Democracy. p. 770.

⁵¹³ HABERMAS, J. Constitutional Democracy. p. 770.

⁵¹⁴ “For the comitia to be lawfully assembled, and for their acts to have the force of law, three conditions were necessary. First, the body or magistrate convoking them had to possess the necessary authority; secondly, the assembly had to be held on a day allowed by law; and thirdly, the auguries had to be favourable” (ROUSSEAU, J. J. *The social contract & Discourses*. p. 102).

⁵¹⁵ De acordo com Derrida: “The instance of writing must [in Rousseau] be effaced to the point where a sovereign people *must not even write to itself*, its assemblies must meet spontaneously, without ‘any formal

Para Habermas, a democracia, a autodeterminação encadearia processos “sem coerção”, de reflexividade (autocompreensão) por uma população *acostumada* com a liberdade, as leis seriam reconhecidas como componentes do *ethos* democrático da comunidade política.⁵¹⁶ Assim, a legitimação procedimental dos resultados de qualquer discurso depende da legitimidade das *regras* do próprio discurso.

Se há a suspeita sobre os procedimentos que definiram estruturas importantes da comunidade política como as eleições, as deliberações nos parlamentos e as decisões judiciais, haveria uma generalização das suspeitas sobre as instituições *per se*, e esta cadeia de pressuposições iria para além da própria produção da Constituição, da definição da estrutura a partir da qual as outras instituições ganham vida e, assim, a própria Assembleia Constituinte não poderia *garantir* a legitimidade das regras por meio das quais ela foi *constituída*. A cadeia de pressuposições não teria fim e seria presa em uma *autoconstituição* infinita.⁵¹⁷

Para além da habitual suspeita pela qual instituições são submetidas por diferentes partes da sociedade civil pelos mais distintos motivos, passando por questões objetivas como o receio da invasão da esfera privada dos indivíduos de maneira injustificada pelo Estado, assim como o passado de instituições não democráticas, Honig oferece um exemplo que fulgura a fragilidade da legitimação democrática institucional. Em 2000, a tensão entre constitucionalismo e democracia se tornou evidente sobre a questão de quem

summons’. Which implies – and this is a writing that Rousseau does not wish to read – that there were ‘fixed an periodic’ assemblies that ‘cannot be abrogated or prorogued’, and therefore a ‘marked day [jour marqué]’. That mark had to be made orally since the moment the possibility of writing were introduced into the operation, it would insinuate usurpation into the body of society. But is not a mark, wherever it is produced, the possibility of writing?”(DERRIDA, J. *Of Grammatology*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1997. p. 302.).

⁵¹⁶ HABERMAS, J. *Constitutional Democracy*. p. 771.

⁵¹⁷ HABERMAS, J. *Constitutional Democracy*. p. 774. No mesmo sentido: “(...) with this comes the problem of having to explain how the reproduction of society can possibly proceed on such fragile ground as that of context-transcending validity claims. The medium of law, particularly in the modern form of positive (or enacted) law, offers itself as a candidate for such an explanation. Legal norms of this type make possible highly artificial communities, associations of free and equal legal persons whose integration is based simultaneously on the threat of external sanctions and the supposition of a rationally motivated agreement.” (HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. p. 8.).

teria a *última palavra* sobre a eleição presidencial dos Estados Unidos: a Suprema Corte ou o povo?⁵¹⁸

A Suprema Corte decidiu em *Gore v. Bush* (2000) o resultado final da eleição presidencial ao interromper a recontagem de votos que acontecia na Flórida.⁵¹⁹ Como explica Rosenfeld, a Constituição dos Estados Unidos fornece uma estrutura que define os termos gerais (imperfeitos) para as eleições e, ante a ausência de procedimentos que definissem de forma mais específica o processo eleitoral, a Suprema Corte tinha um número limitado de opções para decidir o caso.⁵²⁰ Contudo, restava à Corte a opção de *não interferir no caso* e manter sua integridade institucional. Se fosse permitida a recontagem dos votos na Flórida, independentemente do resultado final, as questões que ainda restassem sobre o processo eleitoral poderiam ser decididas pelo Congresso nos termos da Constituição.⁵²¹

O exemplo suscitado por Honig ressalta a tensão entre o constitucionalismo e a democracia, e enfatiza como ela está presente no cerne dos fundamentos e objetivos das democracias liberais.⁵²² A busca pela legitimação democrática faz com que Habermas tente resgatar o direito e a democracia dessa tensão – diagnosticada tanto por liberais como republicanos – por meio da cooriginalidade, que procura dispor os princípios basilares do

⁵¹⁸ HONIG, B. Dead Rights, Live Futures: a reply to Habermas's "Constitutional Democracy". In: *Political Theory*. v. 29. n. 6, 2001. p. 792.

⁵¹⁹ No caso em questão a Suprema Corte (*Per Curiam*) afirmou que: "Because it is evident that any recount seeking to meet the December 12 date will be unconstitutional for the reasons we have discussed, we reverse the judgment of the Supreme Court of Florida ordering a recount to proceed. None are more conscious of the vital limits on judicial authority than are the Members of this Court, and none stand more in admiration of the Constitution's design to leave the selection of the President to the people, through their legislatures, and to the political sphere. When contending parties invoke the process of the courts, however, it becomes our unsought responsibility to resolve the federal and constitutional issues the judicial system has been forced to confront. The judgment of the Supreme Court of Florida is reversed, and the case is remanded for further proceedings not inconsistent with this opinion." Para críticas à decisão ver: DWORKIN, R. A Badly Flawed Election. In: JACOBSON, A. ROSENFELD, M. *The Longest Night: polemics and perspectives on election 2000*. Berkely: University of California Press, 2002; ACKERMAN, B. Anatomy of a Constitutional Coup. In: JACOBSON, A. ROSENFELD, M. *The Longest Night: polemics and perspectives on election 2000*. Berkely: University of California Press, 2002; TRIBE, L. *Gore v. Bush and Its Disguises: Freeing Bush v. Gore from Its Hall of Mirrors*. In: *Harvard Law Review*, v. 115, 2001.

⁵²⁰ ROSENFELD, M. *Bush v. Gore: three strikes for the Constitution, the Court, and democracy, but there is always next season*. In: JACOBSON, A. ROSENFELD, M. *The Longest Night: polemics and perspectives on election 2000*. Berkely: University of California Press, 2002. p. 113.

⁵²¹ ROSENFELD, M. *Bush v. Gore*. p. 113.

⁵²² HONIG, B. Dead Rights, Live Futures. p. 792-793.

Estado democrático de Direito em uma relação *harmoniosa*, pela compatibilização entre os direitos humanos e a soberania popular.

Direitos privados e públicos seriam criados de maneira simultânea, por isso, eles dispensariam justificação, mas, além disso, a cooriginalidade indica que o direito e a democracia possuem uma relação interna. Assim como a *autonomia* não pode ser considerada como uma pura manifestação da liberdade, a *soberania popular* não é apenas pautada pelo caráter majoritário.⁵²³

Demanda-se o encontro, a coincidência, entre a vontade daqueles que compõem a comunidade política, os indivíduos, o povo, com o conjunto normativo que os governa, tanto no sentido de *disciplinar* como de *habilitar* as relações intersubjetivas. Os sujeitos à lei, da lei, seriam, ao mesmo tempo, criadores e criaturas, usuários e destinatários.

Para que tal sistema funcione Habermas privilegia a abertura para o futuro da Constituição democrática. Uma Constituição poderia ser avaliada como democrática não apenas pelo seu conteúdo, mas por sua fonte de legitimação, no projeto de construção de uma *tradição* com um início *claramente marcado* no tempo.⁵²⁴ Desse modo, as gerações posteriores teriam o dever de *atualizar* as substâncias normativas que ainda poderiam ser exploradas, as quais foram dispostas, positivadas no *documento original* da Constituição. O caráter dinâmico da compreensão (reflexiva) da Constituição seria conduzido pelas interpretações e adaptações dos direitos para as situações (fáticas) que venham a se apresentar diante das normas.

Para Habermas, seria necessário entender o processo de *constituição* da sociedade por meio de uma linha que unisse e *conferisse sentido* tanto para o momento de fundação como para o conjunto de normas que organizam a sociedade no presente.⁵²⁵ A possibilidade de sair do círculo vicioso de uma “autoconstituição” e da ausência de um fundamento *inicial* estaria na

⁵²³ HONIG, B. Dead Rights, Live Futures. p. 793.

⁵²⁴ HABERMAS, J. Constitutional Democracy. p. 774.

⁵²⁵ HABERMAS, J. Constitutional Democracy. p. 774.

reconstrução, nos desenvolvimentos sociais como um processo de aprendizagem.⁵²⁶

O ato de fundação aparenta *não ter fim*, é um momento decisivo na história do país e funda um novo tipo de prática, que em seu sentido *performativo* seria o de *produzir* uma comunidade capaz de se autodeterminar. Ao mesmo tempo, procura garantir condições de igualdade e liberdade para os cidadãos, nos termos dispostos pela própria Constituição. Os *sentidos* da Constituição continuariam a depender de *suplementos*, de *mais explicações*, de textos (ou escrituras) além do texto, no momento de aplicação e interpretação das normas.⁵²⁷

Para Habermas, para que o direito e a democracia deixem de ser tensionados, seria necessária a conciliação entre direitos fundamentais em sua integralidade, não apenas os relativos aos direitos políticos, como parte do processo de autolegislação, autodeterminação.⁵²⁸ Assim, de maneira semelhante a um contrato social (hipotético), Habermas propõe uma condição original em sua teoria do discurso em que um número arbitrário de pessoas inicia a prática da produção da Constituição.⁵²⁹

⁵²⁶ “Of course, the interpretation of constitutional history as a learning process is predicated on the nontrivial assumption that later generations will start with the same standards as did the founders. Whoever bases her judgment today on the normative expectation of complete inclusion and mutual recognition, as well as on the expectation of equal opportunities for utilizing equal rights, must assume that she can find these standards by reasonably appropriating the constitution and its history of interpretation. The descendants can learn from past mistakes only if they are ‘in the same boat’ as their forebears. They must impute to all the previous generations the same intention of creating and expanding the bases for a voluntary association of citizens who make their own laws. All participants must be able to recognize the project as the same throughout history and to judge it from the same perspective.” (HABERMAS, J. *Constitutional Democracy*. p. 775).

⁵²⁷ “In contrast to convention and custom, enacted law does not rely on the organic facticity of inherited forms of life, but on the *artificially produced facticity* found in the threat of sanctions that are legally defined and can be imposed through court action. On the other hand, the *legitimacy* of statutes is measured against the discursive redeemability of their normative validity claim – in the final analysis, according to whether they have come about through a rational legislative process, or at least could have been justified from pragmatic, ethical, and moral points of view.” (HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. p. 30).

⁵²⁸ “Even the systemic integration achieved through money and power *ought*, in accordance with the constitutional self-understanding of the legal community, to remain dependent on the socially integrative process of civic self-determination.” (HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. p. 41).

⁵²⁹ Segundo Paul Hirst: “Habermas says that Schmitt’s really problematic move is the separation of democracy and liberalism. But problematic for whom? Habermas can only unite them at the price of a fantastic superstructure of rationalistic social theory. Outside of Habermas’s fairy tale, liberalism and democracy are, indeed, in tension.” (HIRST, P. *Representative Democracy and its Limits*. p. 132).

As partes envolvidas no processo têm seus votos de “sim” e “não” contados da mesma forma e precisam satisfazer três condições: i) estar engajadas com o intuito de regular sua vida em comum futura por meio da posituação de direitos; ii) ser pessoas aptas a participar de deliberações racionais e satisfazer as demandas pragmáticas da prática argumentativa; iii) por fim, a entrada neste espaço deliberativo demanda a aptidão para explicitar os *sentidos*, significados dos tópicos do debate.⁵³⁰

Contudo, a analogia da autonomia política com a autonomia moral é, segundo Honig, incompleta ou contraditória, pois, ao se tratar o direito como um “imperativo categórico”, uma das principais questões da tensão entre direito e democracia não é enfrentada.⁵³¹ Qual seja, a importante diferença entre Constituições e o princípio da legalidade, eis que elas tratam de direitos, procedimentos, valores, as regras da democracia, e podem variar significativamente em diferentes contextos.

Ademais, deve ser lembrado que distintos procedimentos interferem nos resultados substantivos e, por isso, regimes democráticos procuram redefinir as normas constitucionais como um *meio* de aprimorar os próprios fundamentos da comunidade política. Logo, questões como a representação proporcional, o financiamento de campanha, a possibilidade ou não de reeleição e possíveis ajustes políticos que venham a ser entendidos como necessários e que podem mudar radicalmente os resultados, por exemplo, das próprias eleições.⁵³²

⁵³⁰ HABERMAS, J. *Constitutional Democracy*. p. 776.

⁵³¹ HONIG, B. *Dead Rights, Live Futures*. p. 793.

⁵³² No Brasil a Emenda Consistucional n. 16 de 1997 permitiu que houvesse a reeleição ao alterar a disposição do Art. 14 da CF/1988. Ver o caso da Ficha Limpa em: CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. *Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha limpa*. In: *Revista Eletrônica Direito e Política*. v. 9, 2014. Nos Estados Unidos, no caso *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010), a Corte invalidou uma lei federal que proibia corporações e sindicatos de usar seus fundos para realizar “investimentos independentes” em comunicações (*speech*) relacionadas com campanhas eleitorais. Aquilo que pode ser observado é que a Suprema Corte, ao realizar o controle de constitucionalidade afetou de maneira direta os processos políticos. O Justice Kennedy afirmou que: “The rule that political speech cannot be limited on a speaker’s wealth is a necessary consequence of the premise that the First Amendment generally prohibits the suppression of political speech based on the speaker’s identity.”. Concordando, o Justice Scalia observou que: “[The First Amendment] is written in terms of ‘speech’, not speakers. Its text offers no foothold for excluding any category of speaker, from single individuals to partnerships of individuals, to unincorporated associations of individuals, to incorporated associations of individuals – and the dissent offers no evidence about the original meaning of the text to support any such exclusion.”. No caso *McCutcheon v. Federal Election Commission* (2014), a Corte decidiu que o limite

Ademais, a diferença entre o “nós” presente no ato de fundação, que define as regras da comunidade política e o conjunto de pessoas às quais as normas são *destinadas*, endereçadas, aqueles que devem obedecer as obrigações criadas em um “primeiro” momento é importante, pois aponta para a (im)possibilidade da justaposição de vontades e de instantes, a não coincidência entre *soberanos e súditos*.

Para Benhabib, os diferentes momentos temporais do “nós” permanece *heterogêneo*,⁵³³ e os republicanos procuram fazer com que tal diferença desapareça mediante a ênfase na *identidade* entre os dois tempos, entre os dois *sujeitos*.⁵³⁴ A autorização para a *declaração*, para a definição do *nós*, para a *Constituição*, ocorre apenas *ex post facto*.⁵³⁵

agregado para doações para campanhas restringia a participação das pessoas no “processo democrático” e invalidou, com fundamento na 1ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, o limite agregado para doações. O Justice Roberts afirmou que: “Contributing money to a candidate is an exercise of an individual’s right to participate in the electoral process through both political expression and political association. A restriction on how many candidates and committees an individual may support is hardly a ‘modest restraint’ on those rights. The Government may no more restrict how many candidates or causes a donor may support than it may tell a newspaper how many candidates it may endorse. In its simplest terms, the aggregate limits prohibit an individual from fully contributing to the primary and general election campaigns of ten or more candidates, even if all contributions fall within the base limits.”. Na compreensão da maioria da Corte, gastar grandes quantias de dinheiro em campanhas não origina corrupção. O risco que a Corte corre é o de assumir que *qualquer* regulamentação econômica venha a colocar em risco a liberdade de expressão garantida pela 1ª Emenda, uma vez que, de fato, doar ou gastar dinheiro são ações “expressivas” (*money talks*). Assim, se o dinheiro facilita e incentiva o exercício do direito que garante a liberdade de expressão, ele também está relacionado com o exercício e a proteção de outros direitos fundamentais. Deborah Hellman entende que: “Money facilitates and incentivizes the exercise of most rights, including speech. But this fact alone does not show that restrictions on giving and spending money to exercise a right constitute restrictions on that right.” (HELLMAN, D. Money talks but it isn’t speech. In: *Minnesota Law Review*. v. 95. 2011. p. 981). A lógica da ausência da regulamentação nos procedimentos de como as pessoas gastam seu dinheiro poderia ser aplicada para outros campos polêmicos, pois, a prostituição poderia ser uma “expressão” de uma relação íntima em que uma das partes paga para a outra, o direito de expressar manifestações políticas poderia ser “comprado”, a expressão do voto poderia ser vendida, assim como seria possível, por exemplo, comprar órgãos. Sandel oferece uma lista de coisas pouco comuns que o dinheiro *pode* comprar como: o direito de imigrar para os Estados Unidos, o direito de matar um rinoceronte em extinção, o número de celular de seu médico, a admissão de seu filho em uma universidade. Além disso, as pessoas podem ganhar dinheiro com coisas, também pouco comuns, como: servir como um rato de laboratório para a indústria farmacêutica, servir para uma empresa militar privada na Somália, perder peso e esperar na fila do Congresso dos Estados Unidos. Cf. SANDEL, M. *What Money Cant’ Buy: the moral limits of markets*. New York: Farrar, Starus and Giroux, 2012.

⁵³³ BENHABIB, S. *Democracy and Difference*. p. 132.

⁵³⁴ Cf. LYOTARD, J. *The Differend: phrases in dispute*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988. p. 98.

⁵³⁵ Em sentido diverso, Benhabib afirma que: “By September 17 1787, when the Constitution was declared, the Union was not merely a ‘fact to create’, so to speak, but had historical reality, although it was an ‘imperfect union’.” (BENHABIB, S. *Democracy and Difference*. p. 154).

Tais aspectos enfatizam o *enigma* que envolve a legitimação, a *fundação*, uma vez que a fonte de autoridade das leis se encontra em uma instância externa, que cinde a legalidade e a legitimidade, por isso, a *lei* não carrega consigo a sua fonte de legitimação, esta acaba sendo alocada para-além do humano. Ademais, o momento de fundação esconde um ato de exclusão que *constitui e define* o próprio espaço *político*.⁵³⁶

Contudo, para Benhabib, uma dialética dos momentos históricos pode ser observada se, no *ethos* das políticas democráticas, for reconhecida a característica de que o *privilegio* de ser tratado como um igual, é algo sempre contestado e contestável.⁵³⁷

Aquilo que deveria ser ressaltado nos momentos de origem, nas revoluções da França e dos Estados Unidos seria a introdução de uma lógica da legitimação universalista, que subverteria as exclusões, as reduções identitárias que os próprios revolucionários realizaram em seu momento histórico. Aquilo que “salva” as revoluções é não apenas o legado institucional ressaltado por Arendt, mas também o seu *legado normativo* e de valores, que precisam ser rediscutidos, reavaliados e recontextualizados em uma contínua tensão.

Se, em termos formais, a aporia presente na fundação da autoridade é insolúvel, Benhabib aponta que as democracias acabaram por desenvolver mecanismos institucionais para o controle e a correção das arbitrariedades dos momentos originários.⁵³⁸ Logo, o Legislativo pode produzir uma lei, mas o procedimento do controle de constitucionalidade permite uma nova instância para que a “vontade do povo” seja avaliada, sob a luz dos princípios constitucionais.

Deve-se reconhecer, por um lado, que as Cortes não são democráticas, elas fazem parte, em um sentido mais abrangente, do diálogo institucional existente no que tange às iterações democráticas, do aprimoramento dialético

⁵³⁶ “To speak with Adorno, the logic of identity does violence to those whose otherness places them beyond the homogenizing logic of the ‘we’. This violence at the origin, this forcible exclusion is concealed in every republican foundation, but it returns in the form of the political disjunction between those who speak in the name of the ‘we’ and those who are spoken about.” (BENHABIB, S. Democracy and Difference. p. 136).

⁵³⁷ BENHABIB, S. Democracy and Difference. p. 137.

⁵³⁸ BENHABIB, S. Democracy and Difference. p. 140.

entre direitos humanos e democracia, do *suplemento* para diferentes concepções de justiça, da *abertura* para diferentes interpretações de direitos fundamentais ou, da *lacuna normativa* entre documentos de direitos humanos e a autodeterminação.

Se, de fato, as Cortes não são democráticas, elas não podem ser obstadas de sua difícil tarefa contramajoritária, eis que elas “fazem parte do diálogo” que deveria ser realizada entre atores sociais e instituições que demandam uma resposta institucional para os conflitos. Como observa Benhabib, o mecanismo de intercâmbio entre o Legislativo e um Judiciário independente pode ser a única garantia para prevenir que o democrático “nós” de vários países procure retornar à violência originária que acompanha o nascimento de nações e realizar a exclusão dos “outros” da comunidade política.⁵³⁹

Tal questão é enfatizada em cenários nos quais ocorre a *inscrição* do universal no singular, na busca por definir aquilo que é *próprio do homem*, nos apelos a uma única identidade cultural e nacional em sua lógica homogeneizante, na nivelação de diferenças, na criação de um imaginário e de formas “purificadas” de identidade que procuram eliminar o *diferente* de seus espaços.⁵⁴⁰

Isso aponta não apenas para a fragilidade das distinções fundacionais que o liberalismo está assentado, mas também para a necessidade de se assumir responsabilidades, pelo *outro*, pela *política*, eis que as pessoas não foram *criadas iguais*, elas podem *se tornar iguais* mediante a ordem política criada por elas, e esta igualdade é garantida por meio de *promessas* e *acordos*. Ao questionar a *constituição* do *nós*, pode ser observada a importância do *significante flutuante*, pois é por meio dele que as exclusões presentes nos atos de criação podem ser questionadas.⁵⁴¹

⁵³⁹ BENHABIB, S. Democracy and Difference. p. 140.

⁵⁴⁰ DERRIDA, J. *The other heading: reflections on today's Europe*. Bloomington: Indiana University Press, 1992. p. 73.

⁵⁴¹ BENHABIB, S. Democracy and Difference. p. 148.

Tais articulações apresentam passos além da cooriginalidade, eis que, ao mesmo tempo em que é importante observar o lapso existente entre gerações, entre constituintes e *constituídos*, o risco do afastamento do paradoxo é o do fechamento do *demos*. Isso porque, se aqueles que vivem o *presente* são, efetivamente parte de um projeto político e institucional que transborda o próprio *presente*, um dos papéis de tais pessoas está na manutenção da tensão e não na solução desta, mesmo que projetada no *futuro* ou em um modelo contrafático.

A questão, como anota Honig, é que a ação da geração presente sob a mirada de Habermas se encontra a serviço de um conjunto de forças *além* de si mesmas, e apenas pode cumprir ou trair as promessas das gerações anteriores, enfrenta a dificuldade de *criar* seu próprio futuro, ela pode apenas se re-posicionar em relação ao passado.⁵⁴²

O próprio Habermas está a adotar posições na questão intergeracional, pois é contra tanto a a-temporalidade da Constituição, defendida por originalistas que enfatizam apenas o passado, quanto aqueles que defendem uma temporalidade simplificada da Constituição, como os realistas que enfatizam apenas o presente. Na temporalidade habermasiana é possível a adoção de processos de aprendizagem, autocorreção, autorreflexão, em sua defesa da reconstrução.⁵⁴³

Contudo, essa posição envolve distintos problemas, como o de silenciamento de certas vozes ou deixar de fora demandas descreditadas no passado. De fato, os embates constitucionais não possuem um *vencedor final*, pois as Cortes, assim como os *contextos*, são cambiáveis. As percepções e as demandas do “nós” também mudam e suas pretensões de regulamentação variam, assim como os mediadores políticos que ocupam o poder são substituídos.

Tais transformações podem ser vistas como contingenciais e permeadas por avanços e retrocessos. Porém, a busca por tal linearidade olvida a

⁵⁴² HONIG, B. *Dead Rights, Live Futures*. p. 797.

⁵⁴³ HABERMAS, J. *Constitutional Democracy*. p. 768.

possibilidade da reemergência de questões políticas não resolvidas ou de ressentimentos políticos. Ainda, pode limitar a geração do *presente* ao triunfalismo do passado, eis que “esta” geração, compreensivelmente, pode não querer repetir os embates do passado.

Emendas e revoluções acabam por ser os modos de relação com a Constituição que se abre para o *novo*, para novos conteúdos, eventos, interpretações e demandas. Tal relação é feita ante o caráter indefinido da democracia, em sua instabilidade, seu lado variável, suas várias formas. Ao invés de tratar a democracia constitucional como uma forma completada dentro de um *telos*, ela pode ser vista como o *representação* de um *instante*, um momento.⁵⁴⁴

Logo, se, por um lado, há sempre algo a ser celebrado na passagem, na *tradução* de direitos humanos em um determinado contexto político e uma possível redução da tensão quanto à disputa do *sentido* da norma em questão, por outro lado, há o risco de novos eventos *deslocarem* tal sentido, ou o esquecimento de que mesmo direitos *entrincheirados* precisam ser promovidos pelas gerações *presentes*, e esta promoção, proteção, precisa ser repetida ante a vulnerabilidade deles. A falha em manter tais *direitos vivos* pela continuidade do seu uso, da arte de sua *reprodução*, da luta por eles, mesmo que depois de entrincheirados eis que, como afirma Honig, direitos não são instrumentos mortos, eles são práticas vivas.⁵⁴⁵

Direitos “mortos” demandam futuros *vivos*, futuros ainda não escritos, para que eles possam resgatar uma vida. Esta é uma das funções da democracia em relação ao constitucionalismo, reviver inscrições ainda que isto implique *reescrever*, assumir a herança e iluminar aquilo que foi esquecido na própria herança, redescobrir a coerência, aquilo que nos é coletivamente *legado*.

A sobre-vivência da estrutura constitucional ou da manutenção textual, produz *novos corpos*, *novas inscrições*, reinscrições e traduções.⁵⁴⁶ O

⁵⁴⁴ HONIG, B. Dead Rights, Live Futures. p. 799.

⁵⁴⁵ HONIG, B. Dead Rights, Live Futures. p. 800.

⁵⁴⁶ “Rather, it's a question of a very strange structure whereby the dimension of survivance – the fact of surviving, that which survives – constructs the very present of the text and makes it into something which

constitucionalismo que é composto por direitos *mortos* produz uma Carta *sem* Direitos, ou com registros formais do passado aprisionados em um livro. Um constitucionalismo que procure garantias para além das incertezas do *novo* ou da natalidade, produz um documento “necrófilo”.⁵⁴⁷

O significado dos direitos pode mudar com o tempo, mas a estrutura sob os quais eles são produzidos e (re)definidos acaba por possuir maior perenidade. A cooriginalidade obstará a torrente de traduções do liberalismo constitucional e garantirá um papel importante para a participação popular, contudo, essa estrutura não enfrenta o problema de como as pressões advindas da esfera pública pode interferir no estabelecimento de uma política voltada para a construção de *mundos* e não apenas de direitos.

Há pouco espaço para as *promessas* e para os *riscos* do constitucionalismo na estrutura habermasiana. Contextos e constituições variam e, enquanto determinados momentos são mais abertos para ações políticas e para formas que vão além ou desafiam o constitucionalismo, outros são mais restritos ou procuram capturar as realidades por mediações comunicativas, aprisionar *mundos* em textos.

Assim, sob a perspectiva habermasiana, a *presença* política não ocorre sem mediações, há regras para identificar aqueles que pertencem ao *demos*, quem vota, como contar votos, em que dia ocorrem as eleições, bem como *remédios institucionais* para interpretar tais normas. Logo, enquanto a soberania popular do “nós” é mediada por normas que garantam, por exemplo, a igualdade política, o próprio constitucionalismo é mediado pela democracia, pois é por meio dela que os conjuntos normativos como, por exemplo, os direitos fundamentais, adquirem legitimidade.

Porém, como observa Thomassen, constitucionalismo e democracia estão ante um *indecidível*, e é isso que possibilita que a própria democracia constitucional funcione. A ficção envolvida na cooriginalidade acaba por deslocar

neither happens nor fails to happen. It constructs the present of the text as something belonging to a language that calls for a translation which it renders impossible.” (DERRIDA, J. Deconstruction in America. In: *Critical Exchange*. n. 17, 1985. p. 24).

⁵⁴⁷ HONIG, B. Dead Rights, Live Futures. p. 800.

ao invés de resolver o problema apresentado por Habermas, pois acaba por não envolver uma mútua implicação, mas por redundar em uma mútua pressuposição.⁵⁴⁸

A perspectiva habermasiana entende a história constitucional como um processo de aprendizagem, dentro de uma perspectiva de que as gerações posteriores irão começar com os mesmos *padrões* que os fundadores, desde que assumam a “herança” da tradição, que fiquem no “mesmo barco”⁵⁴⁹ que seus antepassados – todos os participantes precisam reconhecer o *projeto* como o *mesmo* ao longo da história e julgá-lo sob a mesma “perspectiva”. Isso limita as gerações futuras a algo previamente estabelecido e *exterior* às possíveis interpretações da Constituição, ou seja, não apenas os mesmos “padrões”, mas as mesmas “perspectivas” e o mesmo “projeto”.⁵⁵⁰

Tal maquinário deve continuar a funcionar mesmo nos casos em que trate de substâncias normativas ainda inexploradas que constam no documento *original*. Logo, os cidadãos precisam interpretar os textos fundantes da comunidade política apenas dentro do leque de opções que os “padrões” anteriores forneceram, além de não poder rejeitar a tradição *per se*, deixar de reconhecer a herança institucional não é uma opção.

A interpretação democrática acaba por ser emoldurada em uma tradição constitucional quando a própria tradição constitucional deveria *estar em jogo*. Essa disposição impede não apenas as interpretações constitucionais, mas também os questionamentos sobre *quem* compõe o povo sejam atualizados. Corre-se o risco de produzir um “futuro presente”,⁵⁵¹ em que a própria temporalidade, historicidade e a possibilidade de um futuro são reduzidas à *presença*, a uma modalidade daquilo que se faz presente. Um futuro que é a *continuação do mesmo*, uma antecipação de um *acordo* anterior.

⁵⁴⁸ THOMASSEN, L. ‘A Bizarre, even Opaque Practice’: Habermas on constitutionalism and democracy. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 178

⁵⁴⁹ HABERMAS, J. Constitutional Democracy. p. 775.

⁵⁵⁰ THOMASSEN, L. ‘A Bizarre, even Opaque Practice’. p. 182.

⁵⁵¹ DERRIDA, J. *Specters of Marx*. p. 81.

Por isso, aquilo que *será*, aquilo que poderia *vir-a-ser* já se apresenta, se faz presente de certa forma, na estrutura, na moldura, na tradição. Habermas apenas fecha a lacuna entre o constitucionalismo e a democracia pelo deslocamento da contingência e da historicidade que, antes, haviam sido tratadas como *constitutivas*.

Para Thomassen, enquanto Habermas vislumbra que a ausência de um *telos*, de uma possibilidade futura de um acordo, de um consenso, tornaria a interpretação da Constituição uma prática “bizarra” ou “sombria”, a própria disjunção temporal (*time is out-of-joint*) é aquilo que a prática da democracia constitucional significativa demanda.⁵⁵²

Assim, o ato que consiste em fazer uma promessa, um juramento, tomar uma decisão, uma responsabilidade, comprometer-se com um *performativo* expõe como a fronteira entre os espaços *público* e *privado* estão constantemente sendo deslocados. Tal movimento ocorre porque o próprio *meio* em que esses espaços estão instituídos, a própria possibilidade da *res pública* não se apresenta como *público* ou *privado*, *morto* ou *vivo*, mas como um espectro, que não é nem presente nem ausente.⁵⁵³

Se fosse alcançado um acordo, um consenso final sobre as questões políticas, não seria necessário um espaço político muito menos qualquer abertura para aquilo que está *por vir*. O mesmo pode ser dito sobre a linguagem, se uma hipotética compreensão plena entre as pessoas que utilizam mediações comunicativas fosse alcançada, os próprios meios seriam inúteis, Babel seria terminada, haveria um *retorno* a uma *mesma* língua, a desnecessidade de traduções, de metalinguagem ou qualquer recurso comunicativo que explique a própria língua. O fim de desacordos e contingências é o fim do constitucionalismo e da democracia, da democracia constitucional. Por isso, deve continuar a existir uma lacuna, *khôra*, entre o constitucionalismo e a

⁵⁵² THOMASSEN, L. ‘A Bizarre, even Opaque Practice’. p. 185.

⁵⁵³ DERRIDA, J. *Specters of Marx*. p. 63. Para Derrida: “A deconstructive thinking, the one that matters to me here, has always pointed out the irreducibility of affirmation and therefore of the promise, as well as the undeconstructibility of a certain idea of justice (...) This critique belongs to the movement of an experience open to the absolute future of what is coming, that is to say, a necessarily indeterminate, abstract, desert-like experience that is confided, exposed, given up to its waiting for the other and for the event.” (DERRIDA, J. *Specters of Marx*. p. 112).

democracia, é esta lacuna que torna a tensão entre ambos produtiva.⁵⁵⁴

6.1 Ulisses

Elster explica, na primeira versão de sua teoria, que um ator paramétrico trata seu ambiente como uma constante, enquanto um ator racional estratégico entende que o seu ambiente é constituído por outros atores, e que ele é parte deste ambiente, e que os outros sabem disso.⁵⁵⁵ Logo, uma condição necessária, ainda que insuficiente, para a racionalidade coletiva é a transição para o pensamento estratégico.⁵⁵⁶

Na interação que ocorre no modo estratégico ou da teoria dos jogos, cada ator deve compreender as intenções dos outros atores, inclusive, levar em consideração que as intenções deles são baseadas em suas expectativas a respeito dos propósitos alheios.⁵⁵⁷

Elster utiliza, por isso, uma metáfora para sua teoria da racionalidade imperfeita⁵⁵⁸ dos atores sociais, a figura de Ulisses acorrentado ao mastro de seu barco, e assume que este não era completamente racional, mas possuía em seu favor a consciência de que era fraco, falível. Logo, o autor, em sua obra “Ulisses e as sereias”, expõe que: “(...) as sociedades, assim como os

⁵⁵⁴ “In order to be legitimate (and, indeed, in order to be democratic), democracy must be the continuation of constitutionalism, yet it must also be able to break with the latter. Likewise, constitutionalism must be at once iterable by (because the ground of) and alterable by (because the product of) democracy. In Derridean terms, constitutional democracy is marked by iterability, this is by the undecidable relationship between iteration and alteration. But this iterability – and the gap between constitutionalism and democracy – is required for its functioning.” (THOMASSEN, L. ‘A Bizarre, even Opaque Practice’. p. 185-186).

⁵⁵⁵ De acordo com Elster, a teoria da escolha racional é, antes de tudo, normativa, apenas em um segundo nível ela é explanatória, descritiva. Ela primeiro procura definir como os agentes deveriam agir para conquistar seus objetivos. A partir disso, procura explicar as ações sob a hipótese de que eles efetivamente se comportem de tal maneira. ELSTER, J. *Reason and Rationality*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 14.

⁵⁵⁶ ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens: Studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p. 18.

⁵⁵⁷ Sobre diversas concepções acerca da teoria dos jogos, ver: BARRY, B. *Teorías de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 2001.

⁵⁵⁸ Primeiro, há uma limitação ligada à consistência, uma vez que o agente adotou um princípio normativo ou uma teoria causal ele não pode abandoná-la, mesmo que esta não permita ele satisfazer seus desejos. Depois, há uma limitação da imperfeição, que está conectada com o fato de que a coincidência entre a motivação manifestada e o desejo não deve ser muito evidente. ELSTER, Jon. *Reason and Rationality*. p. 58-59.

indivíduos, entenderam que era útil se acorrentar (...)”⁵⁵⁹ como no caso da promulgação de constituições.

De acordo com Gargarella, a transferência desta metáfora ao plano constitucional parece óbvia: “(...) do mesmo modo em que Ulisses pode ganhar liberdade, ao invés de perdê-la, ao se incapacitar para certas ações, uma sociedade também pode expandir suas capacidades ao se auto-impor determinados limites”.⁵⁶⁰

O papel da Constituição seria, de acordo com esta perspectiva, o de impor *limites capacitadores* sobre os poderes de autogoverno da sociedade. Ao reconhecer que esta ação suporta riscos, como a opressão de grupos minoritários, a censura de partidos opositores, a ação racional de uma sociedade precisaria demarcar certos limites irrenunciáveis, com a capacidade de aprimorar a liberdade das gerações futuras.

De imediato, surgem questões que tratam de problemas da prática do “acorrentamento” (*binding oneself*) em outros ramos como: “quem acorrenta quem?” e “quem tem o direito de acorrentar quem?”. Elster dá o exemplo de que, para parar de fumar, as pessoas usam meios que acrescentam força a esta resolução interna, com vistas a manter este pré-compromisso. Desse modo, a autopunição surge como uma das técnicas de autocontrole.⁵⁶¹

O relevante é que a decisão de se atar a determinada conduta ocorre em um tempo inicial específico e medidas devem ser tomadas para que seja possível manter a decisão anterior no futuro. Por isso, segundo Elster, o processo de se acorrentar parece demandar que a vontade das pessoas seja depositada em uma estrutura externa por alguma medida de tempo.⁵⁶²

Figurativamente, faz-se possível imaginar o mastro do navio ou a Constituição de um país como a estrutura externa que agrilhoa vontades por um tempo determinado. Essa característica seria, para Elster, intrínseca ao ser

⁵⁵⁹ ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens*. p. 37. Tradução livre.

⁵⁶⁰ GARGARELLA, R. Constitucionalismo *versus* Democracia. In: GARGARELLA, R. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. p. 30.

⁵⁶¹ ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens*. p. 39.

⁵⁶² ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens*. p. 43.

humano, apenas o homem possui a capacidade de superar suas fraquezas pelo uso de técnicas como o pré-compromisso.

Contudo, o pré-compromisso não é tão simples quando se procura transpor o planejamento (racional-estratégico) para o campo político, pois se, por um lado, os indivíduos são livres para se agridir por meio de leis, como cintos de segurança, contra seus arroubos impulsivos, por outro lado, sérios problemas surgem quando tais restrições são impostas aos indivíduos, contra sua vontade anterior.⁵⁶³

As consequências dessa imposição podem ser observadas na questão da necessidade ou não de um Estado paternalista, que vincula os indivíduos a determinadas condutas que entende como adequadas ao corpo político-social, sem consultá-los, ou com a previsão de sanções ante o descumprimento delas.

O temor que se atrela a isso é o da restrição de direitos e liberdades, supostamente em favor do bem-comum ou de futuros benefícios que nem sempre as pessoas desejam. Porém, é possível observar que a retórica de países com tradição autoritária seja constante nesse sentido, acrescido de fatores messiânicos e acabe apenas por acentuar as desigualdades e a ausência de democracia e liberdade nesses locais.

Desse modo, descortina-se outro viés presente na embarcação de Ulisses, a política, eis que, uma democracia, segundo Elster, pode rumar por águas incertas, com a constante reavaliação de planos do passado, de modo a se aproximar da inconsistência e a ineficiência.⁵⁶⁴

Com a preocupação de manter a democracia nos limites exigidos para sua eficiência e estabilidade, foram criadas, nas democracias modernas, *instituições*, as quais podem ser interpretadas como dispositivos de pré-compromisso. Assim, por meio das instituições é possível identificar, com níveis de precisão distintos, quando os políticos (originários) decidiram que certos

⁵⁶³ ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens*. p. 84.

⁵⁶⁴ ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens*. p. 88.

valores eram muito importantes, ou certos instrumentos muito perigosos, para serem sujeitados ao controle dos políticos (futuros).⁵⁶⁵

O exemplo de instituição que se amolda à descrição de Elster são as Constituições modernas, que incorporaram princípios que constituem o núcleo duro dos Estados democráticos de Direito, em um movimento que teve início após a Segunda Guerra Mundial, mas que já possuía exemplos (e os incorporou) nas Constituições e Declarações de Direitos do século XVIII, frutos da revolução americana e francesa.⁵⁶⁶

As incertezas a respeito do futuro podem partir de duas fontes, uma lei pode ensejar ambiguidade ou se encontrar em constante mutação. Uma perspectiva estabilizadora pode demandar, portanto, que as leis mantenham constância e não sejam ambíguas, pois, se é possível antever as decisões de uma Corte, é possível que medidas de precaução sejam adotadas *antecipadamente*.

Por isso, a assembleia constituinte passa a ter um papel fundamental. No entendimento de Elster, ela dispõe as normas fundamentais que deverão ser seguidas por todas as gerações futuras e, além disso: “Apenas a assembleia constituinte realmente é um ator político, no sentido forte da *la politique politisante*; todas as futuras gerações estão restringidas a *la politique politisée*, ou a atuação do dia-a-dia com as normas fundamentais.”⁵⁶⁷

Assim, um Estado pode se agrilhoar por meio de uma Assembleia Constituinte, ao garantir poderes de decisão ao Judiciário, e demandar um quórum elevado para a promoção de mudanças de normas fundamentais. Mas, disso surge, de maneira inevitável, um paradoxo, qual seja, cada geração almeja possuir a liberdade para atar seus sucessores, enquanto ocupa a posição de liberdade ante seus predecessores.

⁵⁶⁵ ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens*. p. 90.

⁵⁶⁶ Cf. ARENDT, H. *On Revolution*.

⁵⁶⁷ ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens*. p. 93.

Em termos análogos, na “Teoria da Justiça” de John Rawls, o recurso expositivo central é o da posição original.⁵⁶⁸ Por isso, a constituição da posição original reflete nas ideias básicas acerca do que é relevante para a justiça e do que não o é. Estas ideias dão sustento à construção em forma de estipulações sobre o que se deve dizer às pessoas que realizam escolhas e que informação não deveria ser comunicada.

Para assegurar uma escolha imparcial, na posição original, deve-se negar às pessoas todo o conhecimento de seus atributos pessoais. Contudo, elas possuem certa informação geral sobre as características dos seres humanos e das sociedades humanas. Assim, a partir da necessidade de usar esta informação para delinear os princípios de justiça, decorre que os princípios serão válidos apenas se os dados sobre os quais baseiam sua decisão são corretos.⁵⁶⁹

Tanto as relações entre os países, como as relações entre as gerações propõem sérios desafios ao projeto de Rawls, no sentido de reconciliar a vantagem mútua e a imparcialidade com bases na justiça. As condições incluem um “véu de ignorância”, que impede aos membros da sociedade, ou a seus representantes, ter acesso a diversos tipos de informações que poderiam inclinar sua decisão acerca de quais princípios defenderiam. Assim, os membros da sociedade não sabem quais são suas vantagens naturais ou sociais.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Segundo Rawls: “Afirmar que a posição original é o *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos. Esse fato delimita o conceito de ‘justiça como equidade’. Está claro, portanto, que eu quero afirmar que uma concepção de justiça é mais razoável que outra, ou mais justificável no que diz respeito à ‘justiça como equidade’, quando as pessoas racionais na situação inicial escolhem os seus princípios para o papel da justiça preferindo-os aos de outra concepção.” (RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 19.).

⁵⁶⁹ Traduzindo isto fora da linguagem da posição original, pode-se propor o ponto ao se afirmar que os princípios de justiça de Rawls se dão sob as condições que Rawls especifica. Por isso, as pessoas que estão na posição original são construções da teoria. Diferem das partes, que são pessoas na vida real, com informação completa sobre elas mesmas e sua sociedade.

⁵⁷⁰ Segundo Gargarella: “Os sujeitos que Rawls imagina surgem afetados por uma circunstância particular. Ocorre que estão sob um ‘véu de ignorância’, que os impede de conhecer qual é sua classe ou seu *status* social, a sorte ou desventura que tiveram na distribuição de capacidades naturais, sua inteligência, sua força, sua raça, a geração à qual pertencem etc. Tampouco conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas específicas. Por outro lado, esse ‘véu’ não os impede de reconhecer certas proposições gerais, tais como as descobertas básicas que as ciências sociais fizeram em matéria de economia, psicologia social etc.” (GARGARELLA, R. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 21).

Sob tais condições, as partes deveriam, de acordo com Rawls, concordar com dois princípios de justiça. O primeiro proporcionaria, a cada um na sociedade, direitos civis e políticos iguais: ninguém teria nenhuma razão para se contentar com menos. O segundo especificaria uma competência aberta por posições ocupacionais vantajosas e que as desigualdades econômicas devem ser dispostas de modo tal que não haja outra maneira de conseguir que o estrato menos vantajoso na sociedade possa, em sua totalidade, estar melhor.⁵⁷¹

Rawls questiona se as pessoas na posição original, que são contemporâneas e sabem que o são, têm obrigações e deveres quanto a terceiras partes, como é o caso, por exemplo, de seus descendentes imediatos. Contudo, o autor rechaça essa posição, pois o objetivo da justiça como equidade seria derivar todos os deveres e as obrigações de outras condições.⁵⁷²

Dado que, na posição original, as pessoas não sabem quem são elas mesmas (e também quem serão seus descendentes), o mecanismo do véu de ignorância transmuta esse interesse limitado em um interesse pelas gerações posteriores em seu conjunto. Mas, de onde surge esta suposição original?

Uma resposta possível é que ela é inteiramente *ad hoc*. A especificação dos motivos das pessoas na posição original deve ser intrinsecamente razoável. A força motivadora deve estar proporcionada pelo seu conhecimento de que, quando deixam de estar atrás de um véu de ignorância, descobrirão que efetivamente se preocupam com o bem-estar de seus descendentes.⁵⁷³

⁵⁷¹ Cf. RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*.

⁵⁷² Rawls explana que: “Parece razoável supor que as partes na posição original são iguais. Isto é, todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode fazer propostas, apresentar razões para sua aceitação e assim por diante.” (RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. p. 21). Ainda, de acordo com Rainer Forst: “Tal como Larmore e Ackerman, Rawls contesta que o liberalismo estaria fundamentado numa determinada concepção de bem. Mas diferente de Ackerman, fornece razões *morais* universais para seu argumento e, diferente de Larmore, está disposto a reconhecer certos valores *substantivos*, que pertencem ao conteúdo moral da teoria da justiça como equidade.” (FORST, R. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 74)

⁵⁷³ Nos termos de Gargarella: “Conforme uma leitura possível de dita tradição, tratar a cada indivíduo como igual leva a uma preocupação para assegurar que a vida de cada indivíduo dependa das *escolhas* que cada indivíduo realiza, e não das meras *circunstâncias* nas quais ele nasce.” (GARGARELLA, R. *Constitucionalismo versus Democracia*. p. 33). Cf. ALEGRE, M. “¿Quién le teme a la igualdad?”. In: ALEGRE, M.; GARGARELLA, R. (Coord.). *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

Isso, contudo, expõe as limitações de qualquer tentativa de enquadrar a justiça intergeracional com a doutrina das circunstâncias da justiça, pois faz com que as obrigações da geração presente ante as gerações futuras dependam exclusivamente da boa vontade afetiva dos contemporâneos para com seus descendentes. Rawls entende que os interesses das gerações mais remotas serão tomados na medida em que haja “laços sentimentais” entre as gerações sucessivas. E prossegue com esse argumento, ao invocar essa cadeia de interesses pelas gerações seguintes.⁵⁷⁴

As diretrizes da teoria de Rawls indicam que as pessoas deveriam formular princípios para governar as relações intergeracionais e atender à possibilidade de que poderiam, elas próprias, aparecer em qualquer momento histórico – aplica-se a mesma lógica das diferentes posições sociais para a questão geracional. Assim, se as pessoas propõem demandas muito rigorosas às gerações anteriores, para que elas se sacrifiquem para beneficiar seus sucessores, todos lamentarão pertencer às primeiras gerações. De outra sorte, se as pessoas das gerações anteriores forem pouco comprometidas com os cenários futuros, não será desejável pertencer às gerações posteriores.

As pessoas na posição original devem escolher um princípio com o qual possam viver, qualquer que seja o lugar que ocupam na sequência, sob a condição de que todas as demais tenham feito sua parte de acordo com as mesmas regras. Por isso, as pessoas na posição original deveriam buscar estabelecer um programa de economia justo e estimar quanto desejariam economizar em cada estágio a favor de seus descendentes imediatos, ante o que eles se sentiriam autorizados a reclamar de seus predecessores imediatos.⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ Se adotarmos uma perspectiva menos benigna, e nos centrarmos não tanto na proporção justa da acumulação do capital como na proporção justa da poluição do ar ou das águas, da degradação da paisagem, da diminuição dos recursos naturais, da destruição das espécies, da criação de riscos de radiação ou da iniciação de modificações potencialmente desastrosas para o clima mundial, observa-se que não já não se dá a mesma relação conveniente. Cf. BARRY, B. *Teorías de la Justicia*. p. 210.

⁵⁷⁵ Para Dworkin: “A teoria contratualista de John Rawls é muito mais complexa. Em sua mais recente versão, elaboram-se condições para a escolha de modo que expresse, primeiro, uma concepção de pessoas como cidadãos de uma comunidade livre e igual, cada uma das quais tendo o interesse ‘moral’ da mais alta ordem de proteger sua capacidade de justiça e sua capacidade de racionalmente criar e revisar concepções do bem e, em segundo lugar, princípios de razoabilidade adequados à cultura política das democracias

Para Elster, a estratégia de Ulisses é a de acorrentar as gerações futuras ao se estabelecer uma Constituição que inclua cláusulas que dificultem sua fácil alteração. Logo, a assembleia constituinte possui um caráter único e privilegiado, que não é fundado em qualquer direito, mas por causa de um “acidente histórico”.⁵⁷⁶

Em casos raros, os constituintes deixam questões fundamentais do corpo constitucional em aberto para decisões das futuras gerações. Contudo, não deixa de ser interessante que teóricos políticos levaram a sério a questão de assembleias constituintes periódicas, de maneira que todas as pessoas, ao menos uma vez na vida, tivessem a oportunidade de decidir sobre os direitos fundamentais que regeriam a sociedade em que vivem, ao invés de depender da herança política de gerações passadas.⁵⁷⁷

Elster deu continuidade a sua teoria do pré-compromisso e aprofundou o debate, após as críticas sofridas pela sua obra inicial. Em sua obra “Ulisses liberto”,⁵⁷⁸ em que debate a relação entre Constituições e suas possíveis “amarras”, reitera que Constituições políticas podem ser usadas como dispositivos de pré-compromisso ou autorrestrrição, criadas pelo corpo político com a finalidade de se proteger contra sua própria tendência de tomar decisões equívocas. Mas expõe a ressalva que alguns dispositivos que estão disponíveis para o agrilhoamento dos indivíduos, não podem ser usados para a coletividade, assim como algumas razões que motivam os indivíduos a realizarem pré-compromissos, podem não possuir qualquer sentido análogo no caso da Constituição.⁵⁷⁹

liberais ocidentais. Assim, membros da ‘posição original’, na qual são escolhidos os princípios de justiça, fazem as vezes de fiduciários de outras pessoas, cuja posição social e econômica, talentos e habilidades, gostos e concepções do bem ficam ocultos para o fiduciário sob o ‘véu da ignorância’. A estratégia de Rawls para reconciliar a liberdade e a igualdade parece um misto das estratégias constitutiva e dos interesses.” (DWORKIN, R. *Virtude soberana*. p. 181).

⁵⁷⁶ ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens*. p. 94.

⁵⁷⁷ Cf. JEFFERSON, T. “Escritos Políticos”. In: *Pensadores*: São Paulo: Abril Cultural, 1973; ACKERMAN, B. *We the people*.

⁵⁷⁸ ELSTER, J. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

⁵⁷⁹ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 90.

O constitucionalismo pode ser visto a partir de uma perspectiva estritamente *negativa*, como um instrumento institucional que possui como função a retirada de certas decisões do processo democrático, ou seja, “amarrar as mãos” da comunidade. Como poderia ser justificado um sistema que obstrui a vontade da maioria? Tal visão do constitucionalismo desarticulado da democracia não é apenas indesejável, ela tende a ser perigosa. A Constituição, observa Holmes, não passaria de um dispositivo para limitar o poder do governo.⁵⁸⁰

Parte-se da premissa de que os cidadãos do presente são míopes e movidos apenas por impulsos, são descontrolados. A Constituição seria, portanto, o *remédio* para esses momentos impulsivos, ela é o “Pedro sóbrio” enquanto o eleitorado é o “Pedro bêbado”. Ao se atar ao mastro os cidadãos poderiam atingir objetivos sólidos e de longo período.⁵⁸¹ Uma das questões que a metáfora esquece é que os *vivos*, que possuem a soberania popular, que precisam *dar vida* para a Constituição sempre podem fazer a pergunta se eles querem que a Constituição continue sendo relevante para a comunidade política. A pura posição negativa do constitucionalismo aliena a possibilidade da comunidade se autodeterminar.⁵⁸²

A perspectiva que eleva o autogoverno à condição independente de pré-condições também se apresenta como arriscada. Se há acerto da parte dos teóricos que questionam a possibilidade de uma geração agrilhoar as gerações futuras, a ausência de um direito e uma moral podem transformar o futuro em um campo deserto. Por isso, tal imagem também é parcial, incompleta.

Para Holmes, a ideia de unidade precisa ser conjugada em termos intergeracionais, se a geração presente é vinculada pelas decisões de seus ancestrais isso pode ocorrer pelo fato de que os *mortos* e os *vivos* constituem um *povo*. Mas tal concepção de diferentes gerações em um *mesmo corpo* é tão

⁵⁸⁰ HOLMES, S. *Passions and constraint*. p. 135.

⁵⁸¹ HOLMES, S. *Passions and constraint*. p. 135.

⁵⁸² “For a surprisingly large number of serious thinkers, then, constitutional democracy remains a paradox, if not a contradiction in terms. Yet all working democracies, as nearly everyone admits, operate within boundaries set by stabilizing constraints.” (HOLMES, S. *Passions and constraint*. p. 137).

problemática quanto demandar que uma pessoa adulta mantenha as promessas feitas em sua juventude.⁵⁸³

A ideia de um governo conduzido apenas pelos vivos é contraproducente, pois as decisões *presentes* logo pertencerão ao passado, ainda que orientadas para a construção de estruturas que durem em um momento posterior. Ainda que se possa tratar o momento constituinte como um instante privilegiado para a produção das normas que irão definir as principais estruturas da comunidade política, os *fundadores* não podem ser erigidos à condição de “anjos onipotentes”⁵⁸⁴ que interferem no contínuo da história a partir de uma perspectiva exterior.

Os fundadores não são os criadores de um *milagre*, ainda que seus projetos estejam disponíveis para adorações diacrônicas. Os constituídos, de outra sorte, não podem ser observados como condenados à repetição, à reprodução dos mesmos fenômenos que os fundadores, eis que o próprio gesto da busca do *mesmo* se realiza em um *outro* momento, *outro* contexto.

Holmes propõe a inversão dos vetores das duas tradições concorrentes entre constitucionalismo e democracia. A nova máxima que poderia ser derivada seria que a liberdade é uma prisão e a prisão é uma liberdade. Aqueles que defendem formas puras de autogoverno não percebem a *economia* que o passado promove, os embates dos *mortos* não precisam mais ser invocados a todo momento, o agrilhoamento fornecido pelo passado pode ser libertador para novas relações intersubjetivas. Uma visão elasticada do funcionamento das Constituições permite ver que as restrições constitucionais são *habilitadoras*, as regras podem ser *criativas*.⁵⁸⁵

Logo, pode-se transpor o conceito *negativo* de constitucionalismo para um *positivo*, afirma Holmes, se for considerado que os limites fortalecem e que a

⁵⁸³ HOLMES, S. *Passions and constraint*. p. 145.

⁵⁸⁴ HOLMES, S. *Passions and constraint*. p. 160.

⁵⁸⁵ “As I explained in the last chapter, constitutions may be usefully compared to the rules of a game and even to the rules of grammar. While *regulative* rule (for instance, ‘no smoking’) govern preexistent activities, *constitutive* rules (for instance, ‘bishops move diagonally’) make a practice possible for the first time.” (HOLMES, S. *Passions and constraint*. p. 163).

autolimitação é uma forma de habilitar outras atividades.⁵⁸⁶ Porém, a metáfora de Ulisses continua inapropriada, pois os fundadores procuram não apenas limitar o poder, mas criar e organizar os poderes e fornecer valores e direções para sua condução. Um governo limitado auxilia na criação do *self*, na produção de *unidade* para a comunidade política, e a autoincapacitação do *sujeito* é um símbolo inadequado para tratar da fundação da nação.⁵⁸⁷

A metáfora de Ulisses para o processo de criação de Constituições é apenas válida de maneira parcial. Além disso, a ideia de uma sociedade se agrilhoando é, no mínimo, controversa, pois, se, de um lado, as Constituições podem atar outras pessoas, como o caso de gerações futuras, ao invés de serem atos de constrição própria; por outro lado, elas podem não deter o poder para conseguir atar qualquer coisa.

A estrutura das Constituições prevê que a Constituição deve ocupar um lugar superior em comparação com a legislação ordinária. Por isso, costumeiramente, são moldadas para dificultar a mudança de seus respectivos textos, com a adoção, por exemplo, de quóruns qualificados. Porém, a produção de emendas não é impossível. Embora alguns temas das constituições possam se encontrar em uma disposição especial na organização sistêmica desta, como a impossibilidade de mudança do texto de artigos fundamentais ou da estrutura da própria Constituição, Elster lembra que a ação extraconstitucional sempre continua possível.⁵⁸⁸ A partir disso, entende-se que mesmo este “núcleo duro” seria passível de mudanças.

No desenvolvimento de sua teoria do pré-compromisso, o autor expõe que tentativas de atar a sociedade de maneira muito estreita podem ser problemáticas, pois teriam o potencial de produzir efeitos contrários,⁵⁸⁹ ou seja, os cidadãos podem reagir à própria ideia de serem acorrentados a determinadas instâncias de poder, podendo se rebelar contra esta.

⁵⁸⁶ HOLMES, S. *Passions and constraint*. p. 163-164.

⁵⁸⁷ HOLMES, S. *Passions and constraint*. p. 174.

⁵⁸⁸ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 94.

⁵⁸⁹ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 95.

Pode ser lembrado que no repertório das motivações usadas pelas colônias para demandar libertação, tendia a surgir nos discursos: a opressão, a falta de legitimidade, a ausência de identificação e a necessidade de autonomia, ou seja, de produção das próprias regras, independentemente de um poder “exterior”.

Apesar dos problemas decorrentes de amarras muito apertadas, o papel do constitucionalismo seria de importância significativa, eis que caberia a ele assegurar uma mudança cadenciada da Constituição. Além disso, incumbiria à Constituição a regulação da vida política, como a criação do próprio ordenamento jurídico em que irá se assentar.

Assim, desde uma perspectiva liberal, competiria à carta de direitos a proteção dos cidadãos da interferência indevida do governo, bem como regular a máquina de governo, mediante o estabelecimento do modo de eleição e representação, as funções do governo, a separação de poderes, freios e contrapesos, dentre outros.⁵⁹⁰

Outro problema enfrentado por Elster diz respeito ao fato de que, se as constituições partem de uma assembleia constituinte, deveria esta ser submetida a limitações e a pré-compromissos?⁵⁹¹ O debate neste ponto parece se aproximar ao problema da necessidade de um *fundamento último* para a legitimação de *corpos* legislativos, pois as assembleias constituintes não poderiam, em tese, criar-se espontaneamente, puxar os cadarços da própria bota para sair do pântano.⁵⁹²

Porém, Elster joga luz sobre a questão para mostrar que, no início do debate sobre as constituições modernas, enquanto uma corrente entendia que era autoevidente o fato de a assembleia não possuir poderes para destruir ou limitar seu criador, como, por exemplo, o rei, para outros, contudo, era também

⁵⁹⁰ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 100.

⁵⁹¹ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 105.

⁵⁹² “The issue, briefly described, is one of ‘constitutional bootstrapping,’ the process by which a constituent assembly severs its ties with the authorities that have called into being and arrogates some or all of their powers to itself.” (ELSTER, J. Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris. In: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994. p. 57).

evidente que a assembleia poderia fazer aquilo que bem desejasse, pois era a incorporação da *vontade* da nação.⁵⁹³

A questão do “paradoxo da democracia” ressurgiu de maneira exponencial. Enfrenta-se, em um polo, a assembleia que, na medida do possível, procura se libertar do passado, de todos pré-compromissos que a precederam. No outro polo, almeja o poder de criação normativa que se estenda sobre as gerações futuras, com a garantia de que elas estarão agrilhoadas de tal modo que não será fácil libertar-se da herança legada por eles.⁵⁹⁴

Em consonância com o “paradoxo da democracia”, em que uma geração procura se libertar, mas acorrentar as futuras, Elster trata do paradoxo da *onipotência*. Se a relação com os “pais fundadores” é, no mínimo, turbulenta, a relação dos poderes no caso da onipotência de um deles pode ser dramática. Por isso, defende o autor que o poder, para ser efetivo, deve ser dividido; e a onipotência, longe de ser uma benção, pode ser uma maldição.⁵⁹⁵

O conceito analisado aproxima-se da definição da tirania, segundo a qual se um poder detém os meios de produzir qualquer lei ou fazer qualquer coisa a qualquer tempo, ele não poderá limitar seu próprio poder de ação ou de legislação.⁵⁹⁶ A discussão, que teve seu início no plano teológico, sobre a onipotência divina, foi transplantada para o campo da soberania política, e entende-se que é uma descrição das características que compõem uma tirania. Segundo Elster: “(...) a separação de poderes pode reduzir a corrupção e

⁵⁹³ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 109.

⁵⁹⁴ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 115.

⁵⁹⁵ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 146.

⁵⁹⁶ Elster observa o problema da legitimação ou da “autorização” no caso francês. Em Paris, os debates sobre a verificação se tornaram importantes para a auto-ransformação dos “Estados Gerais” na Assembleia Nacional. Dois casos foram apresentados. Primeiro, a nobreza demandava que cada ordem verificasse o poder seus próprios delegados enquanto o terceiro estado demandava uma verificação conjunta, realizada pelas três ordens. O clero havia dito desde o início que seguiria o entendimento final entre as outras ordens. Segundo, como a nobreza percebeu que suas propostas não avançavam, aceitou que o Rei fosse o juiz dos casos em discussão, o que foi rejeitado pelo terceiro estado. Enfrentava-se um dilema: por um lado, o terceiro estado não aceitava o julgamento de um poder externo (Rei), por outro lado a autoverificação criava um círculo vicioso em que a Assembleia não poderia verificar as credenciais sem ser *constituída*. A resposta para tal questão foi realizada de maneira pragmática: o terceiro estado se autodeclarou constituído, pois afirmava que seria impossível acreditar que a maioria daqueles que se apresentavam como delegados não possuísse credenciais válidas para a representação. ELSTER, J. *Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris*. p. 72-74.

prevenir que um ramo do governo interfira nos objetivos dos outros”.⁵⁹⁷ Um exemplo do uso preventivo da separação de poderes seria o da distribuição por sorteio dos casos aos magistrados, em que se evitaria, em alguma medida, a interferência política no Judiciário.

Assim como uma sociedade pode rejeitar amarras muito apertadas, um pré-compromisso constitucional também pode ser alvo de opositores. Os dois problemas potenciais que enfrenta, nesse âmbito, são o conflito entre pré-compromisso e eficiência e pré-compromisso e democracia.

O primeiro se situa ante a possibilidade de uma amarra constitucional, incompatível com a flexibilidade para a ação, que pode ser demandada durante uma crise. Portanto, o temor que se enfrenta é o de um “pacto de suicídio”, pois, em tempos de crise, como no caso de uma guerra, deve haver uma previsão legislativa que conceda maior liberdade orçamentária ao governo do que em tempos de paz, sob pena de que a legislação promova um estrangulamento do próprio governo.⁵⁹⁸ O segundo problema emerge quando os agentes que exercem as funções de pré-compromisso não estão submetidos ao controle democrático.⁵⁹⁹

Os ministros das cortes constitucionais tornaram-se conhecidos por defender princípios dogmáticos e sectários, com potencial desastroso para sua aplicação.⁶⁰⁰ Porém, eles podem ser limitados, com emendas na Constituição ou com a mudança de leis.⁶⁰¹

O golpe final que Elster desfere em sua teoria anterior é o seguinte: se em “Ulisses e as sereias” ele havia se aproximado da ideia de que as constituições poderiam ser observadas como dispositivos de pré-compromisso,

⁵⁹⁷ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 153. Tradução livre.

⁵⁹⁸ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 163.

⁵⁹⁹ Como explica Elster, mesmo quando decisões tomadas por uma corte constitucional ou um banco central não são ineficientes em qualquer dos sentidos técnicos do termo – inferioridade de Pareto ou maximização da não utilidade – elas podem estar em desacordo radical com as preferências estáveis de uma grande maioria dos cidadãos. Cf. ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 165.

⁶⁰⁰ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 166.

⁶⁰¹ “(...) one can write periodical revisions into the constitution itself, in order to protect later generations from the tyranny of their predecessors and provide the necessary time for constitutional arrangements to work themselves out, so that they will not be discarded prematurely.” (ELSTER, J. *Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris*. p. 62).

e que as sociedades deveriam se acorrentar com elas, estas afirmações são eminentemente contestáveis, nos planos conceitual, causal e normativo.⁶⁰²

A ideia de pré-compromisso constitucional possui, portanto, sua legitimidade agravada pelo fato de que nenhum grupo social detém o direito de, em nome de todos, arrogar-se a representação do interesse geral. O problema que decorre disso é a imposição das Constituições a minorias e a gerações futuras, a partir do interesse da maioria ou da “primeira” geração.

As futuras gerações não possuem poder de barganha, sua única esperança é a de que os constituintes se preocupem com seus descendentes e alguns de seus interesses futuros.⁶⁰³ Porém, Elster procura salvar aquilo que resta da sua teoria, em seu aspecto da *racionalidade imperfeita*, ao afirmar que não é possível esperar que assembleias constituintes imperfeitas criem constituições perfeitas que irão lidar com as imperfeições dos futuros políticos.⁶⁰⁴

A partir da admissão de insuficiências em sua teoria, Elster revisitou tópicos de sua tese original em “Ulisses liberto”; contudo, questões significativas ainda permaneceram em aberto. Isso porque, se parece pacífica a necessidade de que uma comunidade se autoimponha certos limites, o problema está na necessidade de que os limites impostos por uma comunidade, em um tempo e um contexto específicos, passem a valer rigorosamente ante as gerações futuras. Gargarella entende que isso seria tão inaceitável quanto a ideia de que

⁶⁰² ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 167. “The idea of viewing constitutions as acts of self-binding is one for which I have to take some responsibility. For various reasons, I have come to be skeptical of its normative and explanatory value. For one thing, the ‘binding’ effect of constitutions is much less constraining than in such paradigm cases of individual self-binding as saving your money in a scheme under which you cannot take it out before Christmas. For another, the ‘self’ that is supposed to bind ‘itself’ is much more elusive in the collective than in the individual case. Concerning the second point, the idea of self-binding makes somewhat more sense when the constitution is written by the legislature than when it is the work of a special convention. A legislature that writes the ground rules under which future legislatures will operate does at least have the *capacity* to bind ‘itself’, in a loose sense of that term.” (ELSTER, J. Legislatures as Constituent Assemblies. In: BAUMAN, R.; KAHANA, T. *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 181)

⁶⁰³ ELSTER, J. *Ulysses Unbound*. p. 170.

⁶⁰⁴ “There is no general set of conditions that ensures success in the bootstrap-pulling enterprise of organizing political life. Moreover, success in the constitution-making stage may lead to failure in the next stage of implementing the constitution.” (ELSTER, J. Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris. p. 82).

Ulisses exigisse que seu filho se acorrentasse ao mastro do navio, como ele veio a fazer.⁶⁰⁵

Para os democratas, o principal problema estaria nesse ponto, e Elster acaba por não justificar a possibilidade de uma conduta como a referida. Se, por um lado, é consistente na defesa da *escolha racional* que subjaz no autopaternalismo, o ato de se acorrentar não provê, por outro lado, uma resposta para a questão da imposição de normas de uma comunidade sobre outras comunidades (minorias) ou para gerações futuras – na verdade, assume que existem sérios riscos de medidas opressoras na confecção da referida prescrição.

Ulisses estava certo daquilo que ele queria escutar, mas não respondeu ao canto das sereias. O exemplo constitucional é paradoxal, pois, se ele fosse se unir às sereias, ele estaria fazendo aquilo que tinha proibido sua tripulação fazê-lo. Porém, na maioria dos casos constitucionais as opiniões diferem entre os cidadãos se a legislação em questão é o tipo de lei que eles queriam em um momento de fundação e se esta é adequada para antecipar condutas futuras.

6.2 “Nós”, discordamos

Para Waldron, tantos juízes como parlamentares sabem que, no exemplo constitucional, o problema que eles estão enfrentando é sobre a discordância entre pessoas. Na Odisseia os membros da tripulação sabiam que Ulisses acorrentado era o resultado de uma decisão patológica, compreendida por todos os envolvidos, inclusive o próprio Ulisses.

Existem perigos em uma analogia simplista entre a autonomia racional de indivíduos e o governo democrático de uma comunidade. A ideia de que a sociedade que se acorrenta a certo conjunto normativo é problemática em casos em que os membros discordam entre si sobre a necessidade de tais amarras, ou

⁶⁰⁵ GARGARELLA, R. *Constitucionalismo versus Democracia*. p. 31.

se eles concordam em termos abstratos sobre a necessidade delas, mas discordam sobre seu conteúdo ou suas características.⁶⁰⁶

O fato de as normas constitucionais serem *constitutivas* não remove a possibilidade de revisões democráticas, ou seja, não garante a *cooriginalidade* que Habermas procura defender. Waldron afirma que as democracias normalmente revisam as *regras do jogo*, e isso ocorre mediante debates, discordâncias, como pode ser observado em posições majoritárias que não são unânimes, em votos parlamentares ou em decisões judiciais.⁶⁰⁷

As normas constituintes demandam que uma democracia não mude as *regras do jogo* durante a partida, enquanto o jogo está sendo jogado. As normas das eleições não poderiam ser mudadas no meio do processo eleitoral, apesar da decisão em *Bush v. Gore*.⁶⁰⁸ Mas as pessoas possuem desacordos que passam pelo conteúdo e pela forma das regras, e isso se apresenta como um problema que pode ser agravado, especialmente nos casos em que tais desacordos não parecem possuir meios para um entendimento no futuro.

Quais são os problemas do modelo do pré-compromisso? Quais são as limitações desse modelo ao procurar caracterizar os direitos constitucionais?

⁶⁰⁶ WALDRON, J. Banking Constitutional Rights: who controls withdrawals? In: *Arkansas Law Review*. v. 52, 1999.

⁶⁰⁷ WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

⁶⁰⁸ No Brasil pode ser observada a decisão do Recurso Extraordinário 633703, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 23/03/2011, em que a Lei Complementar n. 135/2010, a Lei da Ficha Limpa, não foi aplicada no pleito de 2010 ante a violação do artigo 16 da Constituição Federal, o qual garante a anterioridade (ou a anualidade) da lei eleitoral. Por seis votos a cinco o STF decidiu dar provimento ao recurso de um candidato a deputado estadual de Minas Gerais que teve seu registro negado. No acórdão ficou estabelecido que: “A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso. (...) Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral. (...) O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação.”.

Isso levaria ao abandono do controle de constitucionalidade e dos direitos constitucionais? Certamente esta não é a intenção em questionar o pré-compromisso como modelo de compreensão da estrutura constitucional, eis que direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade podem ser articulados para além de tal estrutura.

Waldron propõe que se imagine o caso de um apostador compulsivo que sabe que nos seus piores momentos gasta todo o seu dinheiro. O dilema do apostador está no fato de que os caixas eletrônicos podem, em tese, disponibilizar dinheiro para ele 24 horas por dia e os Cassinos estão interessados que os apostadores compulsivos gastem todo o dinheiro que possuem. Contudo, na vida real, os caixas possuem limites diários para o saque, limites que, em um momento de “racionalidade”, o próprio apostador coloca em sua conta.⁶⁰⁹ Ulisses e o jogador compulsivo vivem o mesmo dilema, eles decidem em um determinado momento anterior colocar limites sobre suas próprias ações sabendo que serão seduzidos e não poderão agir de maneira racional no futuro.⁶¹⁰

Porém, limites constitucionais se apresentam de diferentes formas, como, no caso do devido processo legislativo, em que, para a edição de uma nova lei, o parlamento precisa seguir determinado conjunto de procedimentos estabelecidos anteriormente, observar quóruns, ser submetido a diferentes comissões, em suma, respeitar as formas, a *gramática* legislativa.⁶¹¹ Se tal estrutura não fosse observada seria criada uma desnecessária dificuldade para atestar a própria validade da produção legislativa – ponto distinto e muito mais simples do que aquele que releva a artificialidade das autorizações autoconferidas nos momentos de origem.

Aquilo que Waldron está a enfatizar é que o processo legislativo é permeado por controvérsias, pela inevitabilidade de desacordos: os processos

⁶⁰⁹ WALDRON, J. Banking Constitutional Rights. p. 533-534.

⁶¹⁰ Antes de ser uma “estranha metáfora”, o exemplo do apostador é um desafio para a teoria da escolha racional, pois expõe os limites da normatividade imbricada nesta teoria.

⁶¹¹ WALDRON, J. Banking Constitutional Rights. p. 535.

legislativos deveriam ser *levados a sério*, mesmo ante o possível equívoco de enfatizar apenas substâncias em detrimento de formas.⁶¹²

A produção legislativa não pode ser vista como apenas o exercício de um poder, há a importante transição, mediação, entre a moralidade pública de uma determinada comunidade e sua tradução em formas burocráticas que possam torná-la pública e ajustada a um sistema normativo. O ato legislativo, em sua faceta instrumental, almeja representar as subjetividades, as consciências daqueles que compõem o *povo* em termos objetivos – tal processo possui, por óbvio, distorções e patologias que acabam por ser enfatizadas como o principal aspecto do legislativo.⁶¹³

Ainda que o Congresso procure aprovar uma lei, sua validade pode ser testada pelo Judiciário, logo, a lei pode ser declarada inconstitucional e não ser aplicada. Os limites do próprio sistema normativo apresentam-se como o limite

⁶¹² “In fact, there are three kinds of principles that might be relevant to the legislative task: (1) substantive principles, like Rawls’s or Bentham’s; (2) formal principles, that is, principles having to do with the form of legislation, like Fuller’s; and (3) procedural principles, having to do with the institutions and processes we use for legislation.” (WALDRON, J. Principles of Legislation. In: BAUMAN, R.; KAHANA, T. *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 17).

⁶¹³ Waldron lista 7 princípios que contribuem para a configuração da produção legislativa: 1 – a ideia de que a produção legislativa é explícita, tem-se uma instituição dedicada publicamente para esta tarefa, embora a produção legislativa pelas Cortes seja reconhecida, a produção legislativa por meio da jurisdição não se apresentaria como um processo público para a criação ou alteração das leis; 2 – os legisladores possuem o dever de precaução em relação à produção legislativa, uma vez que as leis produzem consequências reais e podem gerar injustiças para pessoas reais, além disso, a produção de uma nova lei afeta todo o corpo legislativo, por isso, precisam prestar atenção tanto para a nova lei, bem como para os efeitos desta no sistema normativo, ante os interesses e direitos dos cidadãos; 3 – por mais importante que a inovação legislativa seja e por mais que a lei esteja bem feita, espera-se que ela seja submetida a debates, escrutínio, e decisões por assembleias, as quais devem representar uma grande diversidade de opiniões e interesses; 4 – deve haver respeito pelo desacordo, pois, os corpos legislativos são instituições constituídas para permitir que perspectivas radicalmente distintas de mundo sejam debatidas, de modo que todos aqueles envolvidos na produção legislativa possam ouvir e ser ouvidos, trata-se de uma “oposição leal”; 5 – o debate demanda uma abertura para outras perspectivas e razões, o legislativo não é um lugar apenas de “aparências”, mas de discussões, por isso, é importante que exista uma abertura para que as partes possam mudar de opinião, para que os argumentos possam ser elaborados, corrigidos, modificados ao longo do processo legislativo; 6 – a diversidade política dentro do legislativo é garantida pelas características formais relacionadas com os processos políticos, a preocupação com o sistema eleitoral, a composição do legislativo, regras sobre partidos e procedimentos para deliberação são indicativos disso, as formalidades asseguram que a reunião de pessoas distintas que não se compreendem muito bem funcione; 7 – a regra da maioria é utilizada para determinar se a lei foi ou não adotada, não se trata de defender a regra da maioria em específico, mas observar como ela é utilizada como uma condição para respeitar a igualdade política no processo legislativo, os representantes possuem a demanda derivativa de que eles devem ser tratados de forma igual, mas, isso, para Waldron, só existe pelo fato de que os *muitos*, os representados, podem demandar o tratamento igualitário, por isso, a igualdade é derivativa, depende dos votos dos eleitores. WALDRON, J. Principles of Legislation. p. 22-30.

de saques do caixa eletrônico do apostador compulsivo. As restrições constitucionais e o controle de constitucionalidade são institutos necessariamente controversos, ante suas funções em face do ideal democrático, da autodeterminação.⁶¹⁴

O problema é que Ulisses é uma tentativa de reconciliar o autogoverno e o sistema de limites constitucionais mediante uma perspectiva que “desabilita”, que se limita a constranger um dos polos em tensão. O pré-compromisso turva a própria necessidade basilar de serem realizados compromissos ao longo da história constitucional, na narrativa ininterrupta que almeja ser traçada por uma democracia constitucional.

O assustador solipsismo de Ulisses não espelha apenas um domínio da razão sobre as paixões, mas, também sobre as contingências, sobre potencialidades por serem descobertas, eliminadas em sua origem, bem como sobre a temporalidade. O próprio ser racional atado no mastro do navio *aposta* contra si mesmo, sabe dos limites da racionalidade, dos futuros ressentimentos que esta pode produzir.⁶¹⁵

⁶¹⁴ Gargarella sugere que a democracia deliberativa seria uma maneira de equacionar tal problema: “What are the implications of adopting a deliberative view of democracy for understanding the proper role of the judiciary? First of all, I believe that a deliberative view would reject the conventional wisdom that judges should have the ‘final say’ about the meaning of the Constitution. In particular, a deliberative conception of democracy would reject *judicial supremacy* (as opposed to judicial review), since it assumes that all important constitutional matters should be open to *ongoing discussion* among all affected parties. This principle conflicts with the idea of courts having a privileged role in these discussions. Democratic deliberation requires that, in principle, all participants take part in collective debates about basic constitutional matters, and that the people as a whole retain the ‘final say’ in all these matters. (...) In my opinion, when we accept that judges are subordinate to – indeed servants of – public debate, then we may begin to see the judiciary as a crucial engine of public debate. In effect, judges are exceptionally well situated for fulfilling this task, because their principal function is to receive complaints from all those who are marginalized or severely affected by the decisions of the political branches. Institutionally speaking, the judiciary represent the main channel that disadvantaged groups have for becoming heard, when the political branches refuse to hear or unduly dismiss their claims. Judges are exceptionally well placed to require a better justification of their decisions from the people and their representatives.” (GARGARELLA, R. Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. In: GARGARELLA, R. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Hampshire: Ashgate, 2006. p. 28).

⁶¹⁵ Um desafio que Ulisses dificilmente poderia resistir é aquele apresentado pela excepcionalidade. Ainda que dispositivos constitucionais procurem dispor (racionalmente) sobre os casos de exceção, a história indica que a *exceção* se torna permanente e que, por mais que a exceção, no início acabe por se apresentar na forma comissária, ela quase sempre acaba por assumir a modalidade soberana. Em outros termos, ainda que as amarras constitucionais possam ser usadas para tentar conter a *akrasia* política, os momentos patológicos da democracia, ela dificilmente terá algum sucesso, uma vez que em momentos de alta

Mas não há nada de novo em sugerir uma racionalidade imperfeita, limitada, pela simples percepção de que seu oposto é indefensável. Para Waldron, os arranjos realizados por Ulisses ou pelo apostador não deveriam ser compreendidos como uma renúncia à liberdade individual, mas sim a *epítome* do autogoverno, pois a liberdade não pode ser restrita à observação das intenções subjetivas de um sujeito, mas deve abranger o *controle* (e responsabilidade) de suas *ações*.⁶¹⁶

Quais os motivos para que alguém venha a se autolimitar ou querer projetar o seu controle presente sobre gerações futuras? De acordo com Waldron, a resposta para isso está pautada no medo de legislações majoritárias, maiorias populares podem ser conduzidas a adotar medidas que ferem minorias que não possuem proteção institucional para resistir contra elas.⁶¹⁷ A oscilação entre momentos de racionalidade e irracionalidade pode ser observada no âmbito individual como no plano coletivo,⁶¹⁸ mas aquilo que parece faltar para tais miradas é justamente a articulação entre as duas esferas, entre a consciência derivada da comunidade política e o papel dos indivíduos na organização desta, na ausência de uma sociedade “sem indivíduos”.

No âmbito constitucional não se trata de uma pessoa decidindo sobre suas correntes, mas de um agente coletivo complexo que, de maneira contingente, decide um determinado conjunto de predicados políticos que serão

intensidade política a democracia se apresenta “sem forma”, contesta e redefine as estruturas políticas da sociedade.

⁶¹⁶ WALDRON, J. *Banking Constitutional Rights*. p. 540.

⁶¹⁷ “So if constitutional constraints and mechanisms of judicial review are set up by popular decision, they may be viewed as precautions which responsible right-holders have taken against their own imperfections. Such precautions do not therefore involve any fundamental disrespect from the people or their capacities of self-government. On the contrary they represent the epitome of those capacities in a troubled and complicated world.” (WALDRON, J. *Law and Disagreement*. p. 258).

⁶¹⁸ A liberdade moral, a ideia do livre relacionamento do indivíduo com si próprio, é a ideia de um sujeito que se coloca atrás ou acima de seu ato, que é responsável pelo ato pelo fato de poder ter agido de outra forma. Ulisses é a imagem da auto-repressão, condição importante para a individuação, a repressão das *pulsões de vida* que fazem parte da constituição da subjetividade. Nos termos de Adorno: “The freedom he must look forward to could not be his alone; it would have to be the freedom of the whole. A critique of the individual leads as far beyond the category of freedom as that category has been created in the unfree individual’s image. The contradiction that for the individual sphere we can proclaim no free will, and thus no morality, while without them there is no preserving even the life of the species (...) Freedom, which would arise only in the organization of a free society, is sought precisely where it is denied by the organization of the existing society: in each individual. The individual would need freedom, but as he happens to be, he cannot guarantee it.” (ADORNO, T. W. *Negative Dialectics*. p. 275-276).

postos em funcionamento. Uma das facetas mais complicadas do *constitucionalismo negativo* (proteção de garantias aos indivíduos em sua relação com o Estado) é a da possibilidade de se condenar a democracia a uma condição de imobilidade. Tal condição poderia fazer com que o *povo* fosse pensado como um conjunto de indivíduos erráticos, e não como uma *entidade*, uma *instituição*, um *corpo*, que continua a perdurar por diferentes gerações.

A ausência da abertura para reconsiderações das estruturas normativas fundamentais da comunidade política a condenaria, no pior dos cenários, à exclusão de novos membros, uma vez que esta é uma das características da comunidade que está em constante transformação e precisa ser (re)considerada periodicamente pelo constitucionalismo. Além disso, a questão intergeracional também expõe os limites da possibilidade de um constitucionalismo imobilizado.

Nos termos de Waldron, o pré-compromisso deixa de ser o símbolo do triunfo da racionalidade antecipadora que se apresenta no caso de Ulisses e do apostador. Ao contrário, ela é o domínio de uma perspectiva política mantida artificialmente em detrimento de outras, sobre os temas complexos que determinam a comunidade e que não são completamente resolvidos.⁶¹⁹

Ante o ato de investidura do poder de decisão para uma pessoa ou para um conjunto de pessoas, como uma Corte, cujo trabalho é determinar se a conduta é contemplada, acaba por ser o julgamento de se, uma determinada conduta, uma nova lei, adequa-se ante as amarras (constitucionais) estabelecidas anteriormente. Por isso, o pré-compromisso funciona como a inferência de acordos anteriores de uma comunidade política que, em suas práticas cotidianas, é marcada por desacordos e diferentes compreensões da realidade.

Uma vez que esse cenário é reconhecido, pode-se observar o anverso da imagem de um suposto acordo ou consenso definitivo, o qual procura dar continuidade e (artificialmente) constituir a realidade social. Fazem-se possíveis a revisão, o abandono de práticas anteriores, a acolhida de novas situações em que renovados compromissos podem ser realizados. Por isso, os

⁶¹⁹ WALDRON, J. Banking Constitutional Rights. p. 551.

desentendimentos, os desacordos não são observados como um “canto de sereia”, como uma forma *patológica*, mas como constitutivos do *ethos* da política, de uma comunidade preocupada com a democracia, com a possibilidade da autodeterminação.

Waldron alerta para uma confusão recorrente que pode ser realizada entre *democracia* e *soberania popular*, enquanto esta abrange um princípio fundamental para o pensamento liberal ao demandar que o povo tenha a possibilidade de decidir sobre sua própria *constituição*, escolher a forma de governo que ele considera mais adequada para conduzir suas atividades políticas, ela não pode ser confundida com os diferentes instrumentos de governo disponíveis para que o *povo* possa escolher como ser governado.⁶²⁰

A vantagem das “amarras” estaria no fato de elas operarem de forma “rígida”, embora deixem um espaço para o *juízo*, para a *reflexão* dos seus *operadores*. O aspecto falho delas estaria no fato de que as amarras poderiam passar a servir propósitos que não *representam as intenções* daqueles que as criaram no momento *inicial*. Como ressalta Waldron, se uma agente “A” conferiu, investiu, transmitiu seus poderes de decisão, de *juízo* para um outro agente “B”, com algum espaço para que “B” possa *juizar*, tal gesto poderia ser questionado se foi a realização de um efetivo pré-compromisso por parte de “A”.

Considere o exemplo de uma pessoa (“A”) que, em um primeiro momento (t1) entrega para outra (“B”) o poder de decidir no futuro (t2) sobre alguma ação em sua vida, sua propriedade, ou mesmo sobre o seu papel (“A”) na sociedade. O segundo agente (“B”) tem o poder de decidir – e pouco pode ser feito para conter em termos absolutos tal poder –, por exemplo, plantar milho na propriedade de “A” ao invés de soja; decidir onde ele irá passar férias ou se ele irá tirar férias; substituir “A” no parlamento, se “A” for Senador e “B” seu suplente.

Tais casos são diferentes da relação em que “A” confere uma ordem específica para “B”, dizendo, para este, na condição de seu procurador, comprar um carro, especificando todos os detalhes do automóvel, as condições de

⁶²⁰ WALDRON, J. *Law and Disagreement*. p. 255.

pagamento, a forma de retirada do automóvel. Contudo, se carros amarelos não são mais produzidos e “A” pediu um carro de tal cor, “B” precisará decidir se ele vai comprar o carro de outra cor ou deixar de comprar o carro.

Ainda que “A” tenha decidido, de maneira autônoma – de acordo com seu próprio *nomos* –, que iria transferir para “B” o poder de decisão, a consumação, a operacionalização deste poder dificilmente pode ser vista como a *consumação* de sua autonomia original, pois trata-se do julgamento de “B” em seu lugar.⁶²¹

O problema no modelo do pré-compromisso é que ele poderia tratar apenas do caso em que “A” transmite uma decisão que é quase completamente fechada, uma decisão sem espaço para qualquer *julgamento* por parte do representante. Aquilo que “B” pode *tornar presente* é apenas uma vontade do passado, uma artificialidade, um passado *reapresentado*. O risco de tal autoautorização está na imobilização das relações da comunidade política ou no artifício de *tornar vivo* o passado.

Tal disposição não garante que “B” irá tomar as melhores decisões no lugar de “A”. Isso pode ser visto no espectro mais amplo da política em que representados clamam não terem seus interesses devidamente *feitos presentes* por seus representantes, além disso, em casos extremados “B” pode decidir subverter todo o regime político e adotar medidas opostas àquelas que ele foi designado para representar.

Diferentes exemplos podem ilustrar a dificuldade constante no momento t2, um caso que enfatiza as paixões e os interesses é o do motorista precavido que sabe que irá consumir álcool, vai deixar de ser movido pelos interesses e vai passar a ser um “agente” irracional e entrega as chaves do carro para um amigo abstinente que não sabe dirigir. No caso de uma emergência, em que o motorista precavido precisa dirigir bêbado, o pré-compromisso não apresenta qualquer resposta.⁶²² No exemplo do carro comprado por “B”, imagine-se que “A” ao invés de especificar a cor pede o “carro mais bonito”. Ocorre a delegação do poder

⁶²¹ WALDRON, J. *Law and Disagreement*. p. 262.

⁶²² “Constitutional constraints may be seen as prophylactics against political *akrasia* – that is, against the pathology of anger, panic, or greed that is often thought to be endemic in democratic politics.” (WALDRON, J. *Law and Disagreement*. p. 266).

para a realização de um *juízo* estético. Tem-se um princípio genérico que precisa ser objetivado por outra pessoa.

A necessidade de julgamentos, de juízos não pode ser compreendida se não for assumido que eles poderão ser corretos, adequados em certas circunstâncias em termos não previstos anteriormente. O exercício do *juízo* demanda um *espaço de imprevisibilidade*, pois, em outro cenário, não seria necessária qualquer *reflexão*, se os julgamentos pudessem ser antevistos, as decisões constitucionais estariam próximas de um exercício mecânico de *iuris dicere*, uma jurisdição *ex ante*.⁶²³ Além disso, não poderiam subsistir controvérsias quanto à aplicação do direito. O que é bastante contraintuitivo, uma vez que aquilo que se espera da inferência de aplicações particulares de princípios complexos é justamente o desacordo.⁶²⁴

A ideia de uma comunidade política demanda que seus cidadãos sejam reconhecidos como membros para dar continuidade ao *projeto*, às estruturas do passado. Logo, se as gerações anteriores definiram um determinado conjunto de instituições relevantes para a organização e condução da política, aquilo que se apresenta, em um primeiro instante, como *natural* é que este projeto seja continuado pelas gerações *futuras*.

O pré-compromisso supõe sua extensão ao longo do tempo, se pretende perene, para além de seus criadores. Contudo, como afirma Waldron, *agora*, o *presente*, parece ser o momento certo para evitar que futuras violações ocorram; porém, nem sempre aqueles que produzem as legislações que “amarram” o presente conferem a abertura para que o “futuro” possa ser redefinido.⁶²⁵ A

⁶²³ WALDRON, J. *Law and Disagreement*. p. 263.

⁶²⁴ “In other words, in the constitutional case we are almost always dealing with a society whose members disagree in principle and in detail, even in their ‘calm’ or ‘lucid’ moments, about what rights they have, how those rights are to be conceived, and what weight they are to be given in relation to other values. They need not appeal to aberrations in rationality to explain or characterize these disagreements. (...) Clearly there are dangers in *any* simplistic analogy between rational autonomy of individuals and the democratic governance of a community. The idea of a society binding itself against certain legislative acts in the future is problematic in cases where members disagree with one another about the need for such bonds, or if they agree abstractly about the need but disagree about their content or character.” (WALDRON, J. *Law and Disagreement*. p. 268-269).

⁶²⁵ “A bunch of individuals must constitute themselves as a people – that is, as a political community – even in order to frame a constitution. But mostly what they do in their framing is construct what they hope

questão é que as próprias “amarras” podem ser colocadas em questão. Enquanto, por um lado, elas conferem um instrumental, indicam procedimentos como a forma da eleição presidencial, por outro, elas não possuem respostas para o caso em que a própria forma política é questionada, se o presidencialismo pode ser substituído pelo parlamentarismo.

Em perspectiva diversa da sugerida por Holmes, Waldron explica que ainda que *alguma forma* de democracia deliberativa seja defendida pela perspectiva majoritária, as opiniões sobre os diferentes modelos de deliberação são plurais. Democratas discordam sobre os temas mais distintos como as formas de representação política, a possibilidade de reeleição, o financiamento de campanhas.

As pessoas, por sua vez, divergem sobre temas plurais como: a extensão da liberdade de expressão; até onde o interesse público pode interferir na vida privada dos indivíduos; a possibilidade de discursos de ódio na esfera pública, além de outros temas considerados relevantes para a comunidade política.⁶²⁶

Assim, enquanto Elster e Holmes percebiam e enfatizavam a *constituição* (passada) da comunidade política, Waldron procurou privilegiar a sequência dos compromissos produzidos na comunidade política, em contínuas práticas políticas e constitucionais, nas quais os desacordos irão sempre reemergir.⁶²⁷

A regra da maioria é uma forma de operacionalizar o imperativo democrático do governo pela vontade dos vivos. Nessa perspectiva, a autodeterminação, a autonomia do povo define um conjunto de preferências, julgamentos, valores – estas irão definir o modo como a vida das pessoas poderá ser conduzida. A estrutura que organiza a comunidade política define também a vida dos cidadãos, que possuem *inscrições, registros*, produzidos para além de sua esfera pessoal de liberdade.

will be an enduring set of institutions which can embody decision procedures and mechanisms of collective action.” (WALDRON, J. *Law and Disagreement*. p. 275).

⁶²⁶ WALDRON, J. *Law and Disagreement*. p. 279.

⁶²⁷ “All this is surely healthy; it is exactly what we should expect; and we may describe it – for the purposes of legal and political philosophy – in any number of ways. But one thing, it seems to me, we cannot say: we cannot describe this process in terms of a set of unequivocal popular precommitments to a particular form of political decision-making. How to make collective decisions in politics? – all we can say is that this is something we are continuing to work on.” (WALDRON, J. *Law and Disagreement*. p. 280).

Como anota Rubenfeld, a maioria das pessoas vive e reproduz *compromissos* realizados em diferentes graus, no âmbito público e privado, mas não se questionam a todo instante sobre aquilo que elas deveriam fazer. Vive-se sob os termos de *compromissos*, no trabalho, na família, na política, na religião sem que se questione a todo instante ou se atualize a todo momento tais arranjos.⁶²⁸

Aqueles que procuram a autodeterminação não buscam um estado de *anomia*, almejam conjugar o governo do passado e o autogoverno. A *legitimação* serviria para tratar os acordos do passado como *presentes*, é uma das formas pelas quais as externalidades podem ser internalizadas, mas, também, é sob sua sombra que novos *compromissos* podem ser realizados na arena política. Assim, o constitucionalismo, afirma Rubenfeld, não se opõe à democracia, pode ser democrático *através* do tempo. O constitucionalismo é uma *instituição* por meio da qual uma comunidade democrática procura tecer compromissos que irão definir quais são suas características legais e políticas, e isso implica autogoverno.⁶²⁹

Ao contrário dos representantes democraticamente eleitos, os juízes ocupam outro papel, representam outro aspecto da máquina institucional. Os magistrados não respondem (necessariamente) às opiniões populares, à vontade do povo. O princípio da *independência* do Judiciário procurou garantir este *status* no processo de formulação de juízos, dos julgamentos pelos juízes.⁶³⁰ Para Rubenfeld, eles não representam o povo *presente*,⁶³¹ desta geração. Esta tarefa é *própria* dos políticos e dos administradores públicos, dos representantes eleitos. Aos magistrados cabe a tarefa de observar os *compromissos* que a comunidade política conferiu para si mesma, ainda que tais compromissos não sejam mais apreciados pela maioria do povo.

A conjugação da liberdade com o discurso não é um caso fortuito, a liberdade de expressão emerge nos contextos em que a *liberdade* foi usada

⁶²⁸ RUBENFELD, J. Of Constitutional Self-Government. In: *Fordham Law Review*. v. 71, 2003. p. 1759.

⁶²⁹ RUBENFELD, J. Of Constitutional Self-Government. p. 1761.

⁶³⁰ Sobre o tema ver: CLÈVE, C. M. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁶³¹ RUBENFELD, J. Of Constitutional Self-Government. p. 1762.

como o ideal do governo dos *vivos*, dos *presentes*.⁶³² Este ideal expressa a tarefa (impossível) de seguir apenas a *própria voz*, os próprios discursos e vontades. Por isso, a liberdade política se põe em contenda com as escrituras do *passado*, as inscrições que nos governam (escritas e não escritas) – por isso a tensão entre a liberdade e a democracia e o constitucionalismo.

As revoluções (americana e francesa) ao mesmo tempo em que procuraram *fundar* a modernidade foram movidas pelo *direito dos vivos*, o direito do autogoverno daqueles que estavam presentes. A “vitória” dos revolucionários foi, com a diferença de valores e contextos, a criação de um espaço *próprio* para o povo, para o “nós”, para a voz do povo, que se projetou como forma das futuras gerações. Por isso, instituições foram criadas para preservar, de maneira paradoxal as potências do *passado*.

A proposta de Rubenfeld é a de *restaurar a temporalidade da democracia*. Ao invés de antepor a vontade *presente* dos vivos e as *verdades atemporais* dos mortos, pode-se considerar que o *povo* vive sob os termos de seus próprios *compromissos* políticos e legais tecidos ao longo do tempo. Isso porque a tensão entre o constitucionalismo e a democracia se apresenta quando o povo procura afirmar sua vontade no *presente*, mas o constitucionalismo pode ser democrático em uma temporalidade estendida, ou pode *prometer* ser democrático ao *longo* do tempo.⁶³³

Por isso, não é suficiente que a Constituição tenha sido produzida ante a observância de procedimentos democráticos – ainda que possam subsistir dúvidas sobre a *origem* dos próprios procedimentos. Aquilo que é fundamental, é o modo como se vive, como as pessoas têm a vida conduzida pela Carta de Direitos, eis que deve existir uma *abertura* para que seu texto possa ser *reescrito*.

A precedência democrática é uma condição de possibilidade para que futuras promessas possam ser realizadas, mas não é condição *suficiente*, pois, por mais “perfeito” e “único” que o momento de fundação tenha sido, ele não é

⁶³² RUBENFELD, J. *Freedom and Time: a theory of constitutional self-government*. New Haven: Yale University Press, 2001. p. 4.

⁶³³ RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 12.

suficiente para dar continuidade à tensão entre constitucionalismo e democracia.⁶³⁴

Ainda que seja um gesto importante, a celebração periódica do acordo passado que reuniu um *povo* sob a regência de uma Constituição, precisa ser *suplementado*, continuado. A modernidade demanda que se aprenda a *viver no presente* (ou na representação daquilo que se faz presente), a enfrentar a autodescoberta, a reflexividade da própria modernidade.⁶³⁵

O problema é que a ruptura com o passado não conduz necessariamente a uma *vida no presente*. Nas revoluções, aquilo que se projetava – entre o hiato de autoridade, autorizações – eram instituições perenes, que continuassem a durar e que fossem *herdadas* pelas gerações posteriores. Observa-se o esforço democrático de produzir uma Constituição e viver sob os compromissos de fundação ao longo do tempo.

A vontade *presente* dos governados é a fonte para a legitimação política, de modo que o *passado* apenas se faz presente se os vivos a reproduzem, o reapresentam na arena política.⁶³⁶ A autodeterminação não será limitada apenas por escrituras, por inscrições presentes ou do passado. As narrativas do passado precisam ser reapresentadas. Esta é a fórmula que a tradição republicana já conhecia e havia procurado transmitir. Logo, não é apenas do

⁶³⁴ “To say in 1789 that ‘the earth belongs to the living’ was not only to justify the American and French Revolutions, freeing the present, indeed urging the present, to cast off the dead hand of the past. It was also to impugn the tremendous efforts of those who, in the name of those revolutions, on ‘either ... side of the water,’ were seeking to reach their hands, through law, into the future. To Jefferson in 1789, who could not participate in America’s constitutional conventions because he was in France, and who could not participate in France’s constitutional conventions because he was American, the very principle that gave legitimacy to those conventions condemned their work as illegitimate.” (RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 21).

⁶³⁵ “Modernity’s declaration of the present’s independence is, therefore, not so much false as fundamentally equivocal. Modernity does possess a ‘master-idea’ differentiating it from the past – the idea precisely of the present’s independence from the past – but this idea can never be concretized, never realized in any institution. Institutions are what persist from one day to the next; they are what hold the present to the past. Hence the wish to escape time’s grip must never be materialized, never rendered into a form of life, never concretized, memorialized or institutionalized; it cannot be, without re-entrenching the present into history and thereby reestablishing time’s grip.” (RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 37).

⁶³⁶ “(...) a basic Derridean insight is inescapable here. The rhetoric of speech and voice marks the operation of a desire for *presence*. (...) Speech and voice dominate political thought because political thought has embraced the present-tense demand that the living seize the day and seek governance by their own will here and now. Speech, not writing, is the linguistic medium of choice for a self that would live by its own present will.” (RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 47).

passado, de pré-compromissos que a articulação da comunidade política é realizada, a ação política dos vivos, dos governados precisa legitimar as diferentes temporalidades da autoridade política, que também não podem ser limitadas apenas às vontades dos presentes.

O autogoverno modelado por discursos, pela possibilidade que diferentes discursos possam ser apresentados na esfera pública e possam produzir desacordos, demanda limitações nos meios pelos quais a vontade popular irá ser manifestada. A relação é de uma simultânea e (im)possível adoração e profanação das escrituras constituintes, em uma democracia que procura se fundar em discursos.⁶³⁷ O autogoverno se faz em tempos presentes, em um presente *tensionado*, é nesta temporalidade que a tensão entre o constitucionalismo e a democracia ocorre.

Uma perspectiva que se concentre na formação de um consenso no presente acaba por preterir ou diminuir a vontade popular na determinação da tensão. Por isso, entende que o Judiciário é o espaço adequado para *falar em nome* do povo, ainda que *contra* o próprio povo. Uma versão aprimorada de tal perspectiva enfatiza que os direitos constitucionais e as instituições que o defendem devem ser entendidas como *condições* para o estabelecimento e a manutenção do *processo democrático*.⁶³⁸

O procedimentalismo procura legitimar os direitos fundamentais contramajoritários com base na vontade popular *presente* sem demandar que o Judiciário represente a vontade do povo. Por isso, procura enfatizar as condições constitutivas do discurso público, em que os cidadãos podem dialogar e produzir seu autogoverno. Contudo, observa Rubenfeld, os dispositivos constitucionais são compromissos fundacionais, que tratam de temas substantivos como a justiça, a liberdade e o poder, com o intuito que o povo possa governar seu próprio destino. Tais *compromissos* estendidos não podem ser capturados pela gramática procedimentalista.⁶³⁹

⁶³⁷ RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 49.

⁶³⁸ RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 59.

⁶³⁹ RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 73.

De modo a preservar sua soberania, o *povo* precisa escrever suas normas, definir quando irá se reunir em assembleia, definir a data para se *constituir* ou continuar se *constituindo*. Porém, o ideal do *povo* que escreve para si próprio, reencena o problema de fundação, da ausência de autorização para *marcar o dia* da assembleia popular. A lei que marca o *dia* do início da assembleia constituinte está baseada em uma lei anterior, a lei que antecede qualquer pronunciamento de autoridade. Por isso, a voz popular não governa *sozinha*, precisa da escritura, de inscrições, um *texto fundacional* produzido no passado que antecede a voz da autoridade *presente*. Se uma busca pela *primeira* autoridade for realizada, aquilo que será encontrado provavelmente se assimilará a uma *ficção*, uma vez que tal busca não possui um *fim*.⁶⁴⁰

Os sistemas normativos sofrem da falha, da falta de uma fonte *última* de fundação, mas o problema do regresso infinito não é respondido de maneira simples.⁶⁴¹ Aquilo que nos constitui – os vivos, os senhores do autogoverno – também é perpassado por uma aporia. O “nós”, o povo presente, não pode se autoanunciar, não em sua *voz presente*, precisa sempre pressupor um determinado conjunto prévio, uma gramática, um conjunto de normas, os limites, as margens, aquilo que fica dentro e fora, sem o qual o ideal de um governo popular não se faz possível.⁶⁴²

⁶⁴⁰ The regress problem is meant to highlight the impossibility of providing “ultimate” foundations for any legal order. The regress problem is said to show that no political-legal order can be founded without some kind of law-less act, some instituting act of force that cannot be justified without circularity or without assuming the existence of normative foundations that cannot themselves be ultimately grounded. (RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 77)

⁶⁴¹ Para Kelsen, o fundamento de validade da norma se encontra em outra *norma*: esta é a relação entre supra e infraordenação. Tem-se, com isso, um sistema hierárquico de normas centralizado pelo Estado. A unidade do sistema é garantida pela relação entre as normas superiores e inferiores, a qual leva até a norma *última*, a norma fundamental: o fundamento supremo da validade do ordenamento jurídico que constitui sua unidade. A norma fundamental é *pressuposta*, enquanto a Constituição ocupa o posto mais elevado do sistema normativo. A Constituição é percebida não no sentido *formal* mas *material*. Nos termos de Kelsen: “Tal forma especial para leis constitucionais, uma forma constitucional, ou constituição no sentido formal do termo, não é indispensável, ao passo que a constituição material, ou seja, as normas que regulam a criação de normas gerais e – no Direito moderno – normas que determinam os órgãos e o processo de legislação, é um elemento essencial de todas as ordens jurídicas.” (KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. p. 182).

⁶⁴² “If there were no prior determination of this we inscribed already into a nation’s institutions, we would be unable to speak now at all. For the will of the governed to govern today, we must have more than constitutionally marked days. We must also have – we must also be – marked men.” (RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 80).

A identidade do sujeito constitucional não se limita a sua herança, a suas características geográficas, suas fronteiras – eis que estas podem ser mudadas – dentro de uma comunidade política. O problema das fronteiras reflete a luta interna sobre a igualdade e o pertencimento.

Essa é a tensão que *move* a identidade, entre sua definição e sua redefinição, entre as lutas por inclusão de outros – estrangeiros –, e também, daqueles membros internos que não desfrutam da igualdade como outros cidadãos. Pode-se falar das margens internas da própria comunidade em que características como raça, gênero, idade, religião irão compor um determinado contexto, mas precisam ser testadas, desafiadas, em um processo de *iteração*.

O “nós” está a espelhar um determinado conjunto de características que formam a identidade, mas esta, cuja pretensão é *governar* o presente, não pode tratar da sua própria *vontade presente* sem o arranjo institucional que promove classificações, sem as operações anteriores que definem, por exemplo, as formas da igualdade. Um determinado conjunto de princípios já está estabelecido para que a identificação da *vontade presente* do “povo” ocorra.

O autogoverno produz uma antinomia em seu próprio cerne e, ao mesmo tempo procura ir além dos domínios do autogoverno democrático, para responder às questões substantivas que organizam a comunidade política, tais como a definição de justiça, igualdade, cidadania. Porém, tais questões ficam sem uma resposta se a *vontade dos vivos* for observada como um pequeno instante temporal e não uma temporalidade estendida.⁶⁴³

Tal equívoco pode ser cometido tanto no que tange ao presente como o passado. A idealização do momento constituinte a um momento “superior” quase “fora da história” que o *povo* se constituiu não pode ser vista como uma conquista do autogoverno, não naquele momento, pois, um momento

⁶⁴³ “The struggle for law that every democracy must wage is struggle in which force, reason, and present popular will all figure, but in which there may also unfold an effort that exceeds every one of these terms. This is the effort by which a people would remake the state, over time, in the light of its own self-given political commitments.” (RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 83-84).

fundacional, em que o *povo* declara sua própria independência e sua própria *Constituição*, vive o conflito da sua inexistência *anterior*.⁶⁴⁴

O momento originário, se alguma vez este *momento se fez presente*, só poderia ser produzido como um *projeto futuro*, como “eles serão”, com um *futuro perfeito* que pretende ser realizado; trata-se de ações que “terão sido feitas” ou que “deveriam ter sido realizadas”. O momento fundacional, que expressa, representa a *voz do povo* deveria ter sido como um performativo, como aquilo que traz em si mesmo as próprias convenções que pode realizar. Como observa Rubenfeld, esta extensão temporal, a projeção de um *futuro perfeito* não está apenas no momento de fundação, esta é a *marca* que todo ato legislativo carrega consigo.⁶⁴⁵

Uma lei que é inserida em um ordenamento jurídico no momento t1, de acordo com a vontade da maioria manifestada neste instante (t1), continua a ser aquilo que ela era anteriormente? Ela terá sido uma lei apenas em um momento posterior, t2, é isto que toda a produção legislativa, todo ato que se autodenomina *lei*, precisa sustentar, uma continuidade, uma estrutura temporal para além do ato, do evento, do instante. Como afirma Rubenfeld: “Para que exista o direito, deve haver uma *continuidade*.”,⁶⁴⁶ uma reunião, uma decisão, uma estrutura que sustenta, que mantém o tempo, os acordos, uma restrição, um prolongamento.

O direito precisa, portanto, de ao menos dois tempos: um em que as leis são criadas e outro em que elas são mantidas, continuadas. Porém, tal binarismo é limitado, eis que o direito se apresenta na continuidade, no excesso da temporalidade *presente*. O direito excede o *aqui e agora* e isso pode ser observado na prática do autogoverno, concertada pela pluralidade de discursos que procuram representar diferentes temporalidades, por isso, o direito existe ao longo do tempo.

⁶⁴⁴ Cf. DERRIDA, J. *Negotiations*.

⁶⁴⁵ RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 85.

⁶⁴⁶ “For there to be law, there must be a *holding*.” (RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 85. Tradução livre).

O *povo* procura, portanto, de diferentes maneiras sua autonomia, determinar os modos em que *poderá* ou *deverá* ser, mas isso só pode ser realizado em um contínuo temporal. As atividades de um povo não podem ser limitadas a um momento. Eis que aquilo que um povo, que possui a liberdade como um valor substantivo em sua autodeterminação almeja ou pretende fazer pode levar várias gerações para ser realizado. A igual proteção fornecida pelas leis, ainda que seja uma demanda urgente, um apelo que afeta diretamente a *vida* das pessoas, é algo que demanda tempo, instituições, embates, dissensos para que possa vir a ser realizada.⁶⁴⁷

É nessa tessitura que se pode falar de *compromissos* como *razões* para a ação política, de maneira distinta dos pré-compromissos. Alguém que é comprometido com uma determinada causa, com um determinado conjunto de ideias, com princípios, possui *razões* para *agir*, para dar vida a distintos projetos. Está a conduzir um governo, um navio distinto daquele de Ulisses, cuja racionalidade é pautada pela dicotomia entre a sobriedade e as paixões. Os *compromissos* se projetam como um potencial para agir no futuro e não como amarras do *presente*.

Precisa-se procurar os *sentidos* daquilo que o ato de as pessoas conferirem normas para si mesmas *representa*, uma vez que criar um conjunto normativo dista a imagética do pré-compromisso ante sua aridez temporal. Mas qual seria, então, a explicação para aquele conjunto de dispositivos, de instituições, de ideias, de valores que nos precedem, aquilo que pode ser chamado de *cultura* ou *civilização* (*Kultur*)?⁶⁴⁸

⁶⁴⁷ “Self-government cannot be an exercise merely of the *freedom of speech* and all that the freedom of speech entails (...). Self-government requires an inscriptive politics, a politics that exercises the *freedom to write*, a politics oriented around the production and enforcement of a democratic text laying down enduring principles and institutions for generations to come.” (RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 86).

⁶⁴⁸ “These things that, by his science and technology, man has brought about on this earth, on which he first appeared as a feeble animal organism and on which each individual of his species must once more make its entry (‘oh inch of nature’) as a helpless suckling (...) All these assets he may lay claim to as his cultural acquisition. Long ago he formed an ideal conception of omnipotence and omniscience which he embodied in his gods. To these gods he attributed everything that seemed unattainable to his wishes, or that was forbidden to him. One may say, therefore, that these gods were cultural ideals. Today he has come very close to the attainment of this ideal, he has almost become a god himself. (...) Man has, as it were, become a kind of prosthetic God.” (FREUD, S. *Civilization and its Discontents*. New York: W. W. Norton & Company, 1962. p. 38-39). Nos termos de Legendre, a submissão se torna *desejo* de submissão, quando a

Os compromissos se fazem necessários como o conjunto de relações normativas para um sujeito que procura conduzir suas próprias ações, ou que *acredita que está a conduzir* suas próprias ações. Não obstante, para que o sujeito constitucional possa ser engajado, possa *prometer* tal relação não pode ser nem uma necrologia, um obituário, uma classificação dos mortos, nem uma frugal vontade do *presente*. Aquele que cumpre uma promessa, como a tradição contratualista já observou, *vive* o compromisso, toma ele como anteriormente estabelecido e confere sua forma, até o seu desdobramento, seu desenlace, até *a vida fora do compromisso*.⁶⁴⁹

A trajetória temporal da autodeterminação é estendida, deixa seu rastro, se arrasta entre o passado e o futuro. A autodeterminação de Ulisses apenas é possível como uma ficção, manejada por alguém que sabe todas as consequências futuras. Alguém que pudesse agir com tal racionalidade estratégica antecipatória em qualquer ramo dos saberes seria uma (infeliz) divindade encarnada. Como aquilo que se faz presente não é muito além do que um fragmento da possibilidade da compreensão de si, o autogoverno é também um fragmento do sujeito, que precisa *justificar* e *dar sentido* para suas condutas.

O sujeito constitucional é, ao mesmo tempo, soberano e súdito. Isto só pode ser experimentado por alguém que *vive* os compromissos, que se engaja, que cumpre promessas. É neste contexto que a liberdade pode ser experimentada, na continuidade da atualização, no refazer, na reprodução e na representação. Na interação entre vivos e compromissos, na reescritura dos

Lei, em cada sistema, *institui* sua ciência, um saber legítimo que visa assegurar a *comunicação da censura* aos sujeitos; isso pode ser visto nos comentários jurídicos, na *ciência* do Poder, nas técnicas de *fazer-crer* das instituições, que dá vida a estas. “O texto canônico (canônico aqui em sentido estrito, por alusão às normas jurídicas da Igreja) contém todos os expedientes necessários para sustentar uma ampla diversificação dos símbolos originários (doravante mais ou menos relacionados à divindade de Cristo, ele próprio bastante apagado pela imponente organização), contanto que os novos símbolos substitutivos assumam a relação com alguém ou alguma coisa que os doutores legítimos, mestres da propaganda da Fé, possam garantir com verossimilhança: *eis o lugar-tenente-do-Pai*. (...) a Igreja ocidental modelou os dogmatismos e transporta ainda, por sob nossos olhos, seu museu vivo, um reservatório de mitos fundamentais (sobre a hierarquia, sobre o chefe, sobre a classificação social) (...)” (LEGENDRE, P. *O Amor do Censor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 25-26).

⁶⁴⁹ RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 128.

compromissos, “(...) a liberdade nunca é. Ela também apenas pode ser naquilo que está sendo.”⁶⁵⁰

Na sequência, aquilo que se busca é a indicação das continuidades e descontinuidades na formação da identidade do sujeito constitucional. Isto é feito pela indicação do papel das narrativas como meio para a organização da comunidade política. A importância da edificação e manutenção de espaços públicos para a realização de deliberações é acompanhada das discussões sobre uma relação não idealizada da política, dos textos normativos, do papel do Direito na organização da comunidade política e, ainda, um indicativo de que aquilo que deve ser perscrutado é a *estrutura* e a *função* dos institutos jurídicos.

⁶⁵⁰ “(...) Freedom never is. It too can only be in being.” (RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 143. Tradução livre).

7. O tecido sem costura?

Do I contradict myself?
Very well then I contradict myself;
I am large I contain multitudes.⁶⁵¹

Atribui-se a Frederic Maitland a ideia da história como uma *seamless web*, a unidade de toda a *história* é tal que, qualquer um que procure contar um *pedaço* dela precisa sentir (*feel*), perceber, reconhecer que sua primeira frase rompe, despedaça um tecido, um entrelaçamento, um enredo *sem costura*.⁶⁵² A possibilidade de contar a história, da narrativa, é dada por uma impossibilidade. Contar um pedaço sempre demanda o reconhecimento, o sentimento do narrador de que ele está sendo injusto com a totalidade da história, *contar* está próximo de *cortar*. Aventar apenas um pedaço, despedaçar a forma orgânica representada pela história.⁶⁵³

A metáfora das fortes tramas que enlaçam a teia foi transposta para o Direito. A forma holística ou orgânica de apresentação do Direito reafirma a própria estrutura do funcionamento das instituições, seu papel na representação de um *corpo*, de um *organismo* que promove classificações, seleções, escolhas, define quem deve ficar dentro e fora do sistema, da política, quem é *reconhecido*, quem tem voz. A não causalidade de tal representação permite que outras sejam inferidas a partir dela. Se o Direito apresenta-se como uma estrutura orgânica, ele pode nascer, viver, morrer e, eventualmente, *renascer*.

A Constituição pode ser definida como uma *composição*. O músico escreve a partitura original que *deverá conduzir* a reprodução futura da música. Essa é a forma elementar da relação entre o escritor, o compositor, o criador dos registros e os outros, as pessoas que irão continuar a (re)produzir a música. Porém, pode ser objetado logo no princípio: é possível ir *além* da partitura,

⁶⁵¹ WITHMAN, W. *Song of Myself*. Iowa: University of Iowa Press, 1989. p. 43.

⁶⁵² MAITLAND, F. W. A Prologue to a History of English Law. In: *Select Essays in Anglo-American Legal History*. v. 1. Boston: Little Brown, 1907. p. 7.

⁶⁵³ “Sicut enim corpus unum est et membra habet multa, omnia autem membra corporis, cum sint multa, unum corpus sunt, ita et Christus;” (BIBLE. *Ad Corinthios Epistula I Sancti Pauli Apostoli*. Roma, s.d. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/bible/nova_vulgata/documents/nova-vulgata_nt_epist-i-corinthios_lt.html#12>. Acesso em: 26 jul. 2013).

sobre-vir a inscrição original a dis-posição primeira, fazer música para além do “texto”.

A Constituição é uma composição, uma reunião das *partes constituintes* em uma estrutura. Em relação a uma comunidade, o uso do termo Constituição indica um *modo de vida*, a identidade de um *Povo*, seu *ethos*, sua história. A Constituição é menos algo que possuímos, trata-se de algo que *nos constitui*.⁶⁵⁴ Um segundo uso do conceito pode ser ressaltado como o indicativo de uma *ação*, uma atividade constituinte ligada à fundação, à definição de uma estrutura, a modelação de algo *novo* ou *renovado*.

Logo, a Constituição não é apenas algo sob o domínio de um grupo, ou tão somente algo que nos define como cidadãos pertencentes à uma comunidade política, mas algo que *fazemos*, ou que *podemos fazer*. Atrela-se à capacidade humana de agir no *mundo da vida*, inovar e romper com correntes, o processo de trazer algo *sem precedentes*, de *dar à luz*.

Tal definição guarda sua acuidade por recordar que as Constituições são produzidas, fabricadas, são obras humanas, criações que resultam de convenções, escolhas, conflitos, de distintos processos para (re)definir sua moldura por meio de ações coletivas. A capacidade humana de autodeterminação e autoconstituição pode ser realizada quando as razões são publicizadas, deliberadas, quando as pessoas respondem ao chamado para ocupar sua posição política como membros de um *mundo*, de uma coletividade, quando podem participar como cofundadores de projetos de outras gerações. Segundo Hanna Pitkin: “Para constituir, alguém deve não apenas tornar-se ativo em algum momento mas deve estabelecer algo que dure, que, nos assuntos humanos, inevitavelmente significa algo que irá engajar e ser levado adiante por outros.”.⁶⁵⁵ A Constituição é, assim, um espaço para a ação política cujo resultado é uma *obra*, uma *fabricação* que possui alguma resiliência, pode ser *transmitida* para outros, outras gerações.

⁶⁵⁴ PITKIN, H. F. The Idea of a Constitution. In: *Journal of Legal Education*. v. 37, 1987. p. 167.

⁶⁵⁵ “To constitute, one must not merely become active at some moment but must establish something that lasts, which, in human affairs, inevitably means something that will enlist and be carried forward by others.” (PITKIN, H. F. The Idea of a Constitution. p. 168. Tradução livre).

Para Arendt, o animal político não é aquela pessoa capaz de manipular instituições para sua própria vantagem ou alguém abençoado pela virtude. Trata-se, ao contrário, das pessoas que se engajam nas atividades públicas de maneira responsável e compromissada, com a capacidade de discernir entre assuntos políticos e temas pessoais. Além de compreender os interesses políticos são receptivas para deliberações e tratam a todos de maneira igualitária.

Ademais, a temporalidade do mundo da vida é determinada pela *natalidade*, o nascimento de cada novo indivíduo indica a possibilidade de novos começos, logo, agir politicamente implica tomar iniciativa, abrir espaço para o inesperado. O *mundo da vida* é o espaço da identificação do grupo, da comunidade política, tanto em sentido histórico como geográfico.⁶⁵⁶

O elo entre política e direito está sugerido na necessidade de uma estrutura que abrigue ações, práticas e discursos. A constituição da Constituição sob as lentes de Arendt é uma combinação de arquitetura e engenharia. É uma arte que habilita que diferentes cidadãos, interessados na política, possam se reunir em um mesmo espaço (político), mas trata também dos muros, das fronteiras que delimitam o espaço público.⁶⁵⁷ A ênfase recai sempre na *artificialidade* das estruturas (das instituições), nos artefatos (de arte)⁶⁵⁸ que

⁶⁵⁶ “In communication, individuals appear actively as unique beings and reveal themselves in their subjectivity. At the same time they must recognize one another as equally responsible beings, that is, as beings capable of intersubjective agreement – the rationality claim immanent in speech grounds a radical equality. Finally, the life-world is filled, so to speak, with praxis, with the ‘web of human relationships’.” (HABERMAS, J. Hannah Arendt's Communications Concept of Power. p. 8). Ainda, para Habermas, o sucesso da democracia deliberativa depende não de uma coletividade de cidadãos *agindo* politicamente, mas na *institucionalização* dos procedimentos e das condições comunicativas, bem como a relação entre os processos deliberativos institucionalizados e as opiniões públicas desenvolvidas de maneira “informal”. HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. p. 298. Pode-se perceber, assim, que no cerne da concepção de formação democrática da identidade e da produção de discursos de Habermas está a dinâmica das relações intersubjetivas mediadas linguisticamente.

⁶⁵⁷ WALDRON, J. Arendt's Constitutional Politics. In: VILLA, D. (ed.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 203.

⁶⁵⁸ “Among the things that give the human artifice the stability without which it could never be a reliable home for men are a number of objects which are strictly without any utility whatsoever and which, moreover, because they are unique, are not exchangeable and therefore defy equalization through a common denominator such as money; if they enter the exchange market, they can only be arbitrarily priced. Moreover, the proper intercourse with a work of art is certainly not ‘using’ it; on the contrary, it must be removed carefully from the whole context of ordinary use objects to attain its proper place in the world. By the same token, it must be removed from the exigencies and wants of daily life, with which it has less

tendem a ser mais rígidos, perenes que as ações que eles acomodam – o resultado de uma *fabricação* de um *mundo* que as próprias pessoas construíram.

Para Arendt, sem a reificação e a materialização – de tais espaços, artefatos, estruturas – os pensamentos não podem se tornar tangíveis. Precisam ser criados espaços políticos para a incorporação institucional de ideias, este é um ciclo ininterrupto entre *causas* e *fins*. Ele é *sem fim* eis que, as próprias ideias produzidas na comunidade política poderão se materializar pela “carta morta”. O “espírito vivo” vive sob esta estrutura, uma falta de vida a partir da qual ele pode ser resgatado quando a “carta morta” entra em contato com uma forma de vida que procura ressuscitá-la; esta é uma *ressurreição* que traz consigo a marca da finitude, compartilha com os *vivos*, a certeza de que eles também irão perecer.⁶⁵⁹

O projeto de fornecer um abrigo institucional para os discursos e para a política poderia, em uma primeira mirada, opor-se às contingências, ao inesperado que caracteriza a própria *ação*. Se as constituições fossem apenas *fabricações*, a busca por estabilização, por segurança (correntes) e perenidade do edifício afastaria a tensão entre o direito e a política. Ter-se-iam apenas os muros da cidade, os tijolos e a argamassa para que o construtor pudesse fazer as estruturas políticas. Contudo, ninguém que viesse a habitá-las – este é o risco do constitucionalismo ou de uma perspectiva que procura apenas reviver os direitos e reduzir a política. São muros, formas sem substância, um lugar em que a atividade política nunca começa, não existem bancos nem salas para que as pessoas possam deliberar.⁶⁶⁰

contact than any other thing. Whether this uselessness of art objects has always pertained or whether art formerly served the so-called religious needs of men as ordinary use objects serve more ordinary needs does not enter the argument. Even if the historical origin of art were of an exclusively religious or mythological character, the fact is that art has survived gloriously its severance from religion, magic, and myth.” (ARENDT, H. *The Human Condition*. p. 167).

⁶⁵⁹ “This deadness, however, though somehow present in all art and indicating, as it were, the distance between thought's original home in the heart or head of man and its eventual destination in the world, varies in the different arts.” (ARENDT, H. *The Human Condition*. p. 169).

⁶⁶⁰ “(...) for Arendt the experience of the ‘new’ in politics is confined to action *within the city*, *once its walls have been established*. Acts of constitution-giving for her are more like acts of art, and thus fall under the concept of ‘work’, rather than of action. Law-giving is an art; Arendt often cites the Greek and Roman

Os limites da percepção da Constituição como (apenas) *fabricação* estão na singularidade do escritor, do artista, daquele que assina a Carta. A produção política poderia ser complementada como a atividade de pessoas (interessadas)⁶⁶¹ que se utilizam da *práxis* e da *lexis* (ações e discursos). Ainda que a gramática possa ser usada como outra forma de dispor a Constituição como uma atividade contínua, que depende de seu uso pelos agentes políticos⁶⁶² e que, ao mesmo passo, se apresenta como delimitadora dos seus usos, como parâmetro de *correção comunicativa*, há o risco de a gramática implicar um *monolinguísmo* ao invés de uma tradução.⁶⁶³

Certas *formas de vida* transbordam a estrutura pensada em termos gramaticais, eis que a estrutura política arendtiana se coloca na clivagem, no intervalo entre “nós” e “eles” (amigos e inimigos), é o aspecto que reúne ao mesmo tempo que separa. Para Arendt, viver em um mesmo *mundo* quer dizer o mesmo que um *mundo de coisas está entre (between)* aqueles que o compartilham, uma mesa é colocada entre aqueles que sentam em torno dela. O *mundo*, assim como todo intervalo, *meio (in-between)* reúne e separa as pessoas ao mesmo tempo.⁶⁶⁴

O *mundo das coisas (things)* abre-se para a vida humana, para a política e os processos de *mediação* acabam por ser normativos, regras, práticas e

perspective of the legislator as a ‘divine presence’. This sharp distinction between ‘constitution-making’ and political action in Arendt’s work is to be understood in the light of her own profound sense of the potential arbitrariness and danger lurking in every beginning.” (BENHABIB, S. *Democracy and Difference*. p 154).

⁶⁶¹ “And this interest – the *intérêt du corps*, in the language of Sieyès, by which not the citizen but the individual ‘allies itself only with some others’ – was never an expression of the will but, on the contrary, the manifestation of the world or rather of those parts of the world which certain groups, *corps*, or classes had in common because they were situated between them.” (ARENDT, H. *On Revolution*. p. 163-164).

⁶⁶² HOLMES, S. *Passions and constraint*. p. 163.

⁶⁶³ Para James White: “The law works by the translation of authoritative texts into the present moment, a kind of pushing forward of what was written in one context into another, where it has a necessarily somewhat different meaning. This is not a mechanical or technical process and its burdens and responsibilities cannot be cut short by any of the devices used to avoid them, such as resort to the ‘original intention’ of the framers or the ‘plain words’ of the text. It always requires an act of creation, a making of something new; yet the original text cannot be forgotten, for fidelity is always due to it. Indeed it is the upon prior text that our right to speak at all depends. (...) One must inhabit the space of uncertainty, at once bound by fidelity to the texts of the law and burdened with the knowledge that these texts do not translate (or interpret) themselves and that any construction of them is an act of one’s own for which one is oneself responsible. At the center of law is the activity of translation.” (WHITE, J. B. *Justice as Translation: an essay in cultural and legal criticism*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990. p. 246).

⁶⁶⁴ ARENDT, H. *The Human Condition*. p. 52.

compromissos que a comunidade política dispõe para sua organização.⁶⁶⁵ Tais regras podem ser concretizadas, podem passar para a prática e construir barreiras, segregar, separar, classificar – como os usos habituais de instituições acabam por indicar.

A Constituição pode ser observada como um documento escrito, a *fonte do Direito*. Uma *coisa* durável, objetiva, que poderia ser observada, lida de diferentes formas, a partir da qual podem ser realizadas diversas interpretações. Ela pode ser mudada ou emendada de acordo com as circunstâncias, mas, nunca se apresenta como o resultado de uma única *vontade* ou um estado subjetivo que não se manifestou no mundo. Sua *tangibilidade* acontece por meio da escritura, das palavras, que são mais perenes do que as ações praticadas sob sua regulamentação como as eleições ou as consultas populares.⁶⁶⁶

Contudo, sabe-se que uma Constituição, um pedaço de papel escrito é algo semelhante a um “tigre de papel” (*paper tiger*), uma instituição que aparenta ser importante, mas que, na prática, é fraca ou insignificante. Sem um determinado conjunto de ideias que venham a dar vida para os direitos, estes podem ser apenas um conjunto de formas flutuando pelo ar.

Por isso, as metáforas que tratam do abrigo, da morada e da arquitetura institucional são relevantes. Aquilo que está a ser experimentado ou traçado é o perigo duplo de versões de política não reconhecidas institucionalmente: tanto no sentido da exclusão de manifestações periféricas, que não encontram representação política adequada, quanto das manifestações patológicas que neguem a democracia ou outros valores políticos substantivos como a laicidade, a igualdade e a liberdade. Ante tal problema, questiona-se: qual o conjunto de relações e separações a comunidade política necessita?

O formato adequado para um possível aprimoramento de encontros políticos pode ser lido até mesmo literalmente. Quais são as melhores

⁶⁶⁵ WALDRON, J. Arendt's Constitutional Politics. p. 204.

⁶⁶⁶ ARENDT, H. *On Revolution*. p. 157.

disposições para a promoção deliberativa?⁶⁶⁷ Para Arendt, as leis positivadas possuem a função de delimitar fronteiras, limites e estabelecer “canais de comunicação” entre as diferentes gerações. Em cada nascimento um novo início do *mundo* acontece, potencialmente um novo mundo pode *vir a ser*.

Por isso, a faceta estabilizadora fornecida pelo sistema normativo corresponde ao movimento das atividades humanas, um movimento *sem fim* enquanto novas pessoas nascerem e morrerem. As leis garantem a existência de um *mundo comum*, de continuidades e realidades para além do indivíduo.⁶⁶⁸

Isso possibilita que não se trate apenas de liberdades em sentido negativo, do espaço de não intervenção do Estado, mas da liberdade como participação nas atividades da comunidade política, nos assuntos públicos.⁶⁶⁹ Uma vez que uma das principais funções (esquecidas) da Constituição é o de *constituir o poder* (a comunidade política) e não apenas limitar o poder, logo, não é forçoso reafirmar que não existe uma democracia sem a “*cracia*”, *kratos*, um conjunto de membros de uma república, um certo poder ou força.⁶⁷⁰

Ao se garantir a igualdade das pessoas perante a lei, que “todos os homens *nascem* da mesma forma”,⁶⁷¹ não se está apenas a orientar o Estado no

⁶⁶⁷ Elster indica que bancos coletivos, como os adotados no parlamento inglês, são preferíveis a escrivaninhas ou mesas individuais para o aprimoramento dos procedimentos deliberativos. Cf. ELSTER, J. *Securities Against Misrule*.

⁶⁶⁸ ARENDT, H. *The Origins of the Totalitarianism*. p. 465.

⁶⁶⁹ Nos termos de Villa: “For while action is always a beginning, it is not a beginning over which the actor retains control. To act, to insert oneself into the human world, brings one face to face with the fact of plurality: the political actor ‘always moves among and in relation to other acting beings.’ The political actor therefore is ‘never merely a doer, but also and at the same time a sufferer.’ The freedom of political action is genuine, worldly, yet nonsovereign.” (VILLA, D. *Arendt and Heidegger: the fate of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 82)

⁶⁷⁰ Nos termos de Derrida: “Is it possible, in assuming a certain faithful memory of democratic reason and reason *tout court* – I would even say, the Enlightenment of a certain *Aufklärung* (thus leaving open the abyss which is again opening today under these words) – not to found, where it is no longer a matter of *founding*, but to open out to the future, or rather, to the ‘come’, of a certain democracy?” (DERRIDA, J. *The Politics of Friendship*. p. 306). Para Critchley, isso indica a busca de Derrida em distinguir a democracia-por-*vir* das ideias de uma democracia *futura*, em que o futuro se apresente como uma modalidade da presença, daquilo que ainda-não-está-presente. CRITCHLEY, S. Frankfurt Improptu – remarks on Derrida and Habermas. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 108.

⁶⁷¹ A partir dessa afirmação biológica auto-evidente, podem ser derivadas políticas antidiscriminatórias, de igualdade de gêneros, bem como políticas que procurem promover minorias desfavorecidas politicamente, historicamente para que elas possam ter acesso aos bens usufruídos por outras parcelas não marginalizadas da comunidade política. Nesse sentido, observa Benhabib: “Her, inconclusive reflections and ruminations on the fragility of human rights, her belief that we are not born equal but we become equals through being

sentido de não realizar discriminações injustificadas de todos aqueles que se encontram sob seus tentáculos. Mas, também, realiza-se um *convite* para que *todos* participem das atividades políticas, que ocorrem na esfera pública, uma vez que a igualdade é algo a ser conquistado, não é um bem “natural”.

A Constituição não representa, por isso, apenas um limite dos poderes mas um sistema que *gera poder*, uma *fonte* a partir da qual pode ser constituído um *novo* ou *renovado* centro de poder. Trata-se, no termos de Arendt, de um “sistema delicado”, formulado para *manter o poder potencial* da República e prevenir que este seja esgotado no processo de sua expansão, com a chegada de novos membros.⁶⁷² Procura-se manter um espaço em que a liberdade política possa prosperar.

As lembranças precisam ser condensadas em uma estrutura formada por conceitos, narrativas que possam mediar o intervalo, o espaço entre identidades e diferenças – aquilo que pode ser chamado de sujeito constitucional. As narrativas que reúnem uma determinada comunidade e conferem *sentidos* para sua compreensão reflexiva vivem sob a ameaça do esquecimento, elas precisam ser constantemente recontadas, rememoradas pelas sucessivas gerações – trata-se de um processo de aprendizagem, sem o qual a noção de cidadania, de pertencimento é extremamente deficitária, desigual, apenas distancia as pessoas, não as coloca na “mesma mesa”.⁶⁷³

A condensação produz uma referência, é um farol para as relações

recognized as members of a moral and political community, and her ironic acknowledgment that Eichmann, the former Nazi, was a ‘stateless’ person like herself, the persecuted Jew, and that neither would be protected by an international legal and normative order-these episodes are some of the more salient instances when her melancholia about this century comes to the fore. Arendt's skepticism that moral beliefs and principles would ever be able to restrain or control politics in the twentieth century, and give it a direction compatible with human rights and dignity, leads to a normative lacuna in her thought. There is a resistance on her part to justificatory political discourse, to the attempt to establish the rationality and validity of our beliefs in universal human rights, human equality, the obligation to treat others with respect.” (BENHABIB, S. *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2000. p. 193-194).

⁶⁷² ARENDT, H. *On Revolution*. p. 154.

⁶⁷³ “Experiences and even the stories which grow out of what men do and endure, of happenings and events, sink back into the futility inherent in the living word and the living deed unless they are talked about over and over again. What saves the affairs of mortal men from their inherent futility is nothing but this incessant talk about them, which in its turn remains futile unless certain concepts, certain guideposts for future remembrance, and even for sheer reference, arise out of it.” (ARENDT, H. *On Revolution*. p. 220).

políticas construídas por meio de narrativas, com uma comunidade que é capaz de *elaborar* suas próprias histórias, revisitá-las e inclusive, abrir-se para novas significações. Ações, narrações e interpretações são conjugadas, articuladas por Arendt eis que, embora grande ênfase seja conferida para a ação política, esta precisa de um *contexto adequado*, ser combinada com a natalidade e a pluralidade.⁶⁷⁴

Os discursos e as ações precisam ser reunidos, pois, em outro cenário, a *práxis* perderia seu sujeito, poderia ser realizada por robôs e seria incompreensível.⁶⁷⁵ Precisa-se das diversas opiniões, da interação com outras pessoas, para a formação da própria opinião. Assim, desacordos e diversidades permeiam as manifestações políticas desde seu início.

A ação política possui uma estrutura discursiva: contudo, com isso não se quer dizer que o próprio discurso, isolado, seja uma forma de ação, e sim, que as ações humanas precisam ser albergadas em alguma instituição, por meio da qual possam ser identificadas, descritas, reconhecidas e reproduzidas (narradas).⁶⁷⁶ Aquele que conta histórias e aquele que atua politicamente precisam explicar aquilo que estão fazendo.

Explica Kristeva que a possibilidade de representar a morte e a vida, de conceber tais categorias no *tempo* e explicá-las para outras pessoas, ou seja, a capacidade de *narrar*, indica aquilo que seria *específico* da vida humana, aquilo que a distingue da vida animal.⁶⁷⁷

O destino das narrativas depende também de um *meio (in-between)* em que podem ser desenvolvidas as memórias *ex post facto*. A arte da narrativa

⁶⁷⁴ “We are creatures immersed in a condition of plurality: we are sufficiently like other members of our species so that we can always in some sense or other communicate with them; yet, through speech and action, we individuate ourselves, we reveal how distinctive we are. Plurality is a condition of equality and difference, or a condition of equality-in-difference. This anthropological universalism contains an ethics of radical intersubjectivity, which is based on the fundamental insight that all social life and moral relations to others begin with the decentering of primary narcissism.” (BENHABIB, S. *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*. p. 195-196).

⁶⁷⁵ ARENDT, H. *The Human Condition*. p. 178.

⁶⁷⁶ “Arendt’s discovery of the linguistic structure of human action, in my opinion, gave one of the principal impetuses to Habermas’s subsequent theory of communicative action. Arendt’s concept of public space is the second and equally important conceptual legacy that she imparted to Habermas.” (BENHABIB, S. *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*. p. 199).

⁶⁷⁷ KRISTEVA, J. *Hannah Arendt: life is a narrative*. Toronto: University of Toronto Press, 2001. p. 8.

reside na habilidade de condensar a ação em um momento exemplar e retirá-lo do fluxo contínuo do tempo,⁶⁷⁸ narrar um trecho da história sempre demanda romper tramas, uma tecedura, um tecido.

Com palavras e ações as pessoas são inseridas no *mundo* humano, esta inserção é como um *segundo nascimento*, em que as pessoas confirmam e assumem a responsabilidade sobre o fato de suas aparições físicas na esfera política.⁶⁷⁹ Por meio da *ação narrada* que a história representa, as pessoas ingressam no *mundo da vida*, na medida em que a vida humana é inevitavelmente política. Logo, a narrativa é a dimensão inicial em que as pessoas vivem, uma *bíos* (βίος) e não uma *zoē* (ζωή),⁶⁸⁰ uma vida política, uma ação narrada, (re)contada por outros.

A *essência* humana para Arendt, apenas pode *vir-a-ser* (aparecer) no *fim* da vida, quando uma história é deixada para trás.⁶⁸¹ A consciência da finitude (aquilo que precisa ser *controlado*), a compreensão de que as pessoas *não* pertencem à continuidade da espécie, mas à *memória* de seus sucessores, permeada por diferentes versões, opiniões conflitantes sobre *aquilo que nos constitui*, sobre a definição de *quem* somos nós, procura transmutar a característica efêmera da ação em *obras*, que possam ser lembradas (passado) e projetadas no futuro, compartilhadas por aqueles que estão *por vir*, que *ainda* não participam da comunidade política.

Se o diálogo entre o direito e a política possui alguma *orientação* é a da compor atividades, a reunião dos processos de persuasão, negociação e da elaboração de *compromissos*.⁶⁸² Por isso, precisa-se de uma máquina

⁶⁷⁸ KRISTEVA, J. *Hannah Arendt*. p. 17.

⁶⁷⁹ “This insertion is not forced upon us by necessity, like labor, and it is not prompted by utility, like work. It may be stimulated by the presence of others whose company we may wish to join, but it is never conditioned by them; its impulse springs from the beginning which came into the world when we were born and to which we respond by beginning something new on our own initiative.” (ARENDT, H. *The Human Condition*. p. 177).

⁶⁸⁰ Como observa Agamben: “The ancient Greeks did not have only one term to express what we mean by the word *life*. They used two semantically and morphologically distinct terms: *zoē*, which expressed the simple fact of living common to all living beings (animals, humans, or gods), and *bios*, which signified the form or manner of living peculiar to a single individual or group.” (AGAMBEN, G. *Means without end*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000. p. 3).

⁶⁸¹ ARENDT, H. *The Human Condition*. p. 193.

⁶⁸² ARENDT, H. *On Revolution*. p. 86-87.

institucional em que as contribuições das pessoas tenham *lugar* e possam ser relacionadas com a das outras pessoas que fazem parte da comunidade. A instabilidade política poderia ser antecipada e remediada pela *promessa*. Nos termos de Waldron, ainda que uma promessa possa parecer um limite para as liberdades, ao mesmo tempo, ela cria algo especial, o *poder* de uma comunidade política.⁶⁸³

Assim, aquilo que importa na *promessa* não é tanto o ato de prometer – em público, na companhia de outras pessoas – mas de *mantê-la* e constituir a comunidade política, a contínua vontade dos cidadãos em reconhecer a legitimidade do conjunto normativo do passado, a manutenção e adaptação da identidade do sujeito constitucional. Tem-se a contingente (frágil) decisão de manter uma promessa,⁶⁸⁴ uma Constituição que pode ser permeada por características primorosas, mas, também, por outras tantas falhas. A *promessa* é mantida pelo conjunto da *obra*, cuja perenidade depende de novos artistas (cidadãos) e cujo sentido não está apenas em produzir um poder, mas continuar a constituir *mundos*.⁶⁸⁵

De modo que as fronteiras definidoras de tais espaços são sempre dispostas a *iterações*,⁶⁸⁶ pois a concretização do ideal da soberania popular⁶⁸⁷ e

⁶⁸³ WALDRON, J. Arendt's Constitutional Politics. p. 212.

⁶⁸⁴ As promessas mútuas são a base para a legitimação na esfera política, por isso, a troca de opiniões, de pensamentos, as argumentações e deliberações são fundamentais para as instituições políticas modernas. O problema não se encontra tanto na questão extensão das promessas, mas sim, em uma eventual imobilização da relação entre os poderes. Por óbvio, o legislador infraconstitucional não é o agente político que possui permissão para contestar, revisar ou emendar os dispositivos constitucionais. Contudo, não basta elevar os princípios a uma condição especial no ordenamento jurídico, não é suficiente entrincheirar princípios, eis que, a própria efetivação dos direitos fundamentais e a busca pelo bem comum irão produzir tensões entre o direito e a política. Isso não produz, necessariamente, a prevalência de uma *identidade* política *anterior*, instituída. O Legislativo pode, eventualmente, ocupar o papel de revisor das promessas (instituinte) e o parâmetro de identificação das violações e dos princípios norteadores da comunidade política podem ser alterados.

⁶⁸⁵ “The authority of a constitution is not a product of the strength or violence of its framers, or even of their virtue or the perfection of what they have crafted. It consists rather in a willingness on the part of all concerned to treat this event (the founding) and this body of law (the constitution), rather than any of the other acts and proposals that might crop up from time to time, as the starting point and point of reference for all subsequent politics.” (WALDRON, J. Arendt's Constitutional Politics. p. 212-213).

⁶⁸⁶ “‘Iteration’ is a term that was introduced into the philosophy of language through Jacques Derrida’s work. In the process of repeating a term or concept, we never simply produce a replica of the original usage and its intended meaning: rather, every repetition is a form of variation. (...) there really is no ‘originary’ source of meaning or an ‘original’ to which all subsequent forms must conform. It is obvious in the case of language that an act of original meaning-giving makes no sense, because, as Wittgenstein famously

da definição do “bem comum”, além de ser um ideal regulativo, é uma ficção constitutiva da democracia. Os desenvolvimentos institucionais, históricos e políticos indicam a necessidade de qualificar este ideal. Tal aprimoramento pode ser realizado justamente na redefinição dos limites do corpo político. Por isso, Benhabib afirma que é melhor definir democracias complexas como instituições que se autodeterminam, mas que, também, exercem autocrítica, deliberam e decidem.⁶⁸⁸

Para Laurence Tribe, a Constituição engendra uma série de compromissos complexos, os quais são entrelaçados de maneira lassa e que com o tempo acabam por se justapor sobre determinados temas.⁶⁸⁹ Não se trata, assim, apenas da *indeterminação* da intenção original dos constituintes, mas a impossibilidade de reconciliar ideias e premissas estabelecidas no texto com a realidade cambiável na qual a Constituição se encontra e com a qual dialoga. A distinção da Constituição está na possibilidade de esta resistir a diferentes tradições, às tentativas de se reduzir seu *sentido* e à possibilidade que suas premissas sejam colocadas em disputa.

No direito, em especial na tradição do *civil law*, aquilo que se busca é, em um primeiro momento, a limitação dos leitores do texto à reprodução do mundo da norma. Teme-se (ou temia-se) a “liberdade” ou a reconstrução da narrativa normativa com alguma atualização ou tradução dos conteúdos das normas para o momento da aplicação. Tal camisa de força semântica é ilusória, no *common law* ela vasculha as intenções dos legisladores por meio do *originalismo*. No *civil law* tal conceito funda-se na possibilidade de uma leitura *plena* do texto, em uma

reminded us, to recognize an act of meaning-giving as precisely this act, we would need to possess language itself. A patently circular notion!” (BENHABIB, S. Democratic Iterations: the local, the national, and the global. In: BENHABIB, S. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 47-48).

⁶⁸⁷ Para Derrida: “Exception and sovereignty go hand in hand here. In the same way that democracy, at times, threatens or suspends itself, so sovereignty consists in giving oneself the right to suspend the law. That is the definition of the sovereign: he makes the law, he is above the law, he can suspend the law.” (DERRIDA, J. For a Justice to Come. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 265).

⁶⁸⁸ BENHABIB, S. *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*. p. 209.

⁶⁸⁹ TRIBE, L. The Idea of the Constitution: A Metaphor-morphosis. In: *Journal of Legal Education*. v. 37, 1987. p. 172.

equivoca autossuficiência de signos no sistema normativo para responder aos conflitos que são apresentados na sociedade.

Tais construções somente são habilitadas por *a priori*s conceituais como “o original”⁶⁹⁰ e a “fidelidade”.⁶⁹¹ Demanda-se não apenas o trabalho dos conceitos na reprodução institucional das categorias, mas também das deferências a uma imagem do *passado* que, de maneira espectral, determina a configuração do presente. Quem controla os passados, projeta-se para controlar o presente e a abertura e o fechamento de caminhos futuros.

Para Benhabib, a separação entre o direito como *poder* e o direito como *sentido* pode ser observada como elementos políticos criativos por meio de processos *juris-produtivos* (*jurisgenerative*).⁶⁹² Em tais processos, um povo, vinculado por um determinado conjunto de regras e princípios, se envolve em práticas *iterativas* que reconfiguram suas instituições. Têm-se processos de reapropriação e reinterpretação do conjunto de valores sob os quais se vive, o povo percebe-se como não apenas *sujeito*, mas também *autor* das normas.⁶⁹³

Benhabib sugere que a tensão não ocorre apenas no plano interno do Estado, exclusivamente no campo do Estado soberano, mas há um necessário diálogo com a universalidade. As políticas *juris-produtivas* podem mediar as

⁶⁹⁰ Como explica Rubinfeld: “The familiar originalist freely concedes the existence of a variety of forms of textual interpretation; as far as he is concerned, there may be no objection to a space-age interpretation of a Beethoven opera. But when it comes to constitutional law, he says, originalism is the only legitimate interpretive method that judges may engage in.” (RUBENFELD, J. On Fidelity in Constitutional Law. In: *Fordham Law Review*. v. 65, 1997. p. 1472).

⁶⁹¹ Para Dworkin: “They must seek, that is, constitutional integrity. So fidelity to the Constitution's text does not exhaust constitutional interpretation, and on some occasions overall constitutional integrity might require a result that could not be justified by, and might even contradict, the best interpretation of the constitutional text considered apart from the history of its enforcement. But textual interpretation is nevertheless an essential part of any broader program of constitutional interpretation, because what those who made the Constitution actually said is always at least an important ingredient in any genuinely interpretive constitutional argument.” (DWORKIN, R. The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve. In: *Fordham Law Review*. v. 65, 1997. p. 1250). Para Dworkin, ainda que o julgamento moral demandado para a aplicação dos princípios morais abstratos da Constituição seja limitado pela história e pelos precedentes, em nome dos comandos gerais da integridade, ele *não* é antecipado pela história – *não* pode ser antevisto, uma vez que, *novas questões morais* principiológicas irão necessariamente emergir na tessitura normativa.

⁶⁹² BENHABIB, S. Democratic Iterations. p. 49.

⁶⁹³ MICHELMAN, F. Constitutional Authorship by the People. In: *Notre Dame Law Review*. v. 74, 1999. p. 1620-1621.

normas universais e as maiorias democráticas locais,⁶⁹⁴ enquanto os direitos humanos se projetam para além de qualquer ente soberano específico. Por isso, as maiorias democráticas locais precisam *reiterar* esses valores e incorporá-los por meio de argumentos, revisões, desacordos e rejeições.

Como lembra Robert Cover, vive-se em um *nomos*, em um universo normativo. As pessoas estão a criar e a manter um mundo em que são identificadas as noções de *certo* e *errado*, *legal* e *ilegal*, *válido* e *inválido*, trata-se de uma “parafernália profissional de controle social”.⁶⁹⁵ Ainda que importantes, as convenções estabelecidas por uma determinada ordem social não representam *todo* o universo normativo que pretendem abranger, uma vez que não existem instituições ou prescrições que sejam separadas das narrativas que *produzem sentidos*. O próprio “espaço” do dever-ser se submete a uma permanente *iteração*.

Os textos normativos abrem-se para *outros sentidos* no momento em que há uma escolha das narrativas relevantes que irão conduzi-los. Cada nova versão das molduras institucionais produz um *novo* texto, e, nos casos em que o texto não assimila a realidade, esta muda o próprio texto, como acontece na adoção de emendas constitucionais. O direito e as narrativas são inseparáveis, o dever-ser demanda um *lugar* nos discursos, uma história e um sentido, um destino; um início e um fim. Por isso, para Cover, não se trata apenas de um *corpo de normas*, um *sistema normativo*, mas também um *mundo* por ser habitado, eis que viver sob um conjunto de normas demanda que as pessoas saibam *como* viver.⁶⁹⁶

O universo normativo é reunido por força de compromissos que precisam ser interpretados e reinterpretados por aqueles que compõem a comunidade política, de forma a *legitimar* as relações intersubjetivas. Os compromissos determinam o significado das leis e qual deve ser o comportamento oficial. Os preceitos e princípios legais não se limitam a ser demandas feitas sobre o “povo”

⁶⁹⁴ BENHABIB, S. *Democratic Iterations*. p. 49.

⁶⁹⁵ COVER, R. M. *Nomos and Narrative*. In: *Harvard Law Review*. v. 97, 1983. p. 4.

⁶⁹⁶ COVER, R. M. *Nomos and Narrative*. p. 6.

ou a “soberania popular”, são indicativos da busca por interação comunicativa entre as pessoas.

Em cada caso, um ato possui um sentido distinto quando este é relacionado a uma determinada norma. O próprio questionamento das instituições, observado em atos de desobediência civil,⁶⁹⁷ pode ser extraído da relação entre os atos e as normas, no caso, a resistência a um determinado conjunto de normas que não são mais aceitas por um grupo político.⁶⁹⁸

Assim, uma tradição jurídica é construída como uma parcela de um complexo mundo normativo. Essa *tradição*, explica Cover, não abrange apenas um *corpus iuris*, mas também uma linguagem e um *mythos*, narrativas em que se produzem o *corpo* de leis, que traduzem as vontades daqueles que procuram determinar as formas de comportamento. Um *nomos* é um mundo presente constituído pela tensão entre a realidade e o futuro.⁶⁹⁹ Os *mitos* definem paradigmas, relações, entre o universo material e normativo, entre as limitações da realidade (ser) e as demandas normativas (dever-ser).

A integração entre tais domínios, daquilo que é e daquilo que *deve-ser*, ocorre por meio de narrativas. Estas indicam as transformações pelas quais um determinado “estado de coisas” atravessa, no momento em que certa estrutura que dispõe um conjunto normativo procura regular o mundo do *ser*. Contudo, as

⁶⁹⁷ Arendt lembra levanta uma questão que guarda ainda atualidade para a compreensão das diferentes formas de desobediência civil: “If history teaches anything about the causes of revolution – and history does not teach much, but still teaches considerably more than social-science theories – it is that a disintegration of political systems precedes revolutions, that the telling symptom of disintegration is a progressive erosion of governmental authority, and that this erosion is caused by the government's inability to function properly, from which spring the citizens' doubts about its legitimacy.” (ARENDT, H. *Crises of the Republic*. p. 69).

⁶⁹⁸ Explica Black que: “During the past few years, we have often heard the term ‘civil disobedience’ used to describe the actions of persons who actively disobey local or state laws commanding racial segregation or who peacefully demonstrate to make plain and public their disapproval of this or some other racial discrimination. These people do, indeed, act in conscious violation of what is asserted to be legal authority, and they do offer themselves for arrest by the constituted authorities. But they do so in the belief, more or less clearly held and more or less clearly warranted, that the law itself is on their side and that the law's processes, in the end, will uphold them or will fail to do so only through an error in law. They appeal, in our federal system, over the head of the law and authority of the state, to the law and authority of the nation.” (BLACK, C. L. The Problem of the Compatibility of Civil Disobedience with American Institutions of Government. In: *Texas Law Review*. v. 43, n. 4, 1965. p. 496).

⁶⁹⁹ COVER, R. M. *Nomos and Narrative*. p. 9.

narrativas que produzem e *revelam* os padrões de compromisso, resistência e compreensão são *radicalmente incontroláveis*.⁷⁰⁰

Elas não podem ser submetidas a hierarquias, centralizações ou apenas determinações de autoridades, ainda que um sistema de deveres (normativo) possa ser estabelecido e aplicado (*enforced*), os padrões de *sentidos* estabelecidos nas interações sociais se coloca para além de tais determinações originárias. A determinação do *texto* continua em disputa, se há alguma *essência* na interpretação, esta indica o caminho de Babel, os desacordos e a diversidade de narrativas, de *sentidos*.⁷⁰¹

Não se trata apenas da diversidade de “Igrejas” derivadas a partir do “mesmo” texto, mas também da potencialidade das narrativas que procuram responder à questão: “quem somos nós”? Porém, a construção de tais preceitos, a produção de sentidos é derivada de diferentes fontes, emprestada de materiais produzidos pelas atividades sociais não necessariamente submetidas à regulamentação, à produção legislativa formal.⁷⁰²

A Constituição se projeta para além do próprio texto,⁷⁰³ e é difícil afirmar que a “presente” geração manifestou (de maneira direta e efetiva) seu consentimento sobre o exercício de poder que os princípios constitucionais protegem. Ademais, os amplos princípios que norteiam a interpretação e a

⁷⁰⁰ COVER, R. M. *Nomos and Narrative*. p. 17.

⁷⁰¹ O Direito pode ser visto como um sistema de tensão ou de vínculo entre o real e alternativas de futuro. Para White: “In every opinion a court not only resolves a particular dispute one way or another, it validates or authorizes one form of life – one kind of reasoning, one kind of response to argument, one way of looking at the world and at its own authority – or another. Whether or not the process is conscious, the judge seeks to persuade her reader not only to the rightness of the result reached and the propriety of the analysis used, not to her understanding of what the judge – and the law, the lawyer, and the citizen – are and should be, in short, to her conception of the kind of conversation that does and should constitute us.” (WHITE, J. B. *Justice as Translation*. p. 101-102).

⁷⁰² Como explicam Dorf e Tribe: “Constitutional value choices cannot be made, however, without recourse to a system of values that is at least partly external to the constitutional text, since neither the liberty to decide whether to carry a pregnancy to term nor the liberty to work for less than four dollars per hour is explicitly mentioned in the Constitution.” (TRIBE, L.; DORF M. *On Reading the Constitution*. p. 66).

⁷⁰³ A Constituição não significa apenas aquilo que *aparece* no texto, nos termos de Tribe: “(...) extratextual *substantive rules*. These are the two types of extratextual norms to which this section’s title refers. The idea that the invisible Constitution in fact embodies certain *substantive* principles central to defining both the structure of government and the rights of persons – and that those norms are parts of the Constitution *actually in force* rather than of some merely *possible* Constitution – is likely to be among the most controversial of the propositions put forth in this book.” (TRIBE, L. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 79).

aplicação da Constituição não estão limitados apenas ao *texto*, mas também, de igual maneira, por características da Constituição que permanecem *invisíveis*.⁷⁰⁴ Assim, no universo normativo, a produção de sentidos ocorre mediante acordos e desacordos, identidades e diferenças, eis que o *nomos* é o processo pelo qual as ações humanas podem “ganhar vida”, fazer parte do *mundo*.

A importância da linguagem para a constituição de mundos não pode ser afastada. Ela define “quem somos nós” e os *modos* do ser, as formas pelas quais observamos e construímos mundos, eis que, não existe um observador ou um participante *monolíngue*. A linguagem não é apenas uma disposição de proposições, mas, um repertório de processos biopolíticos. O direito, por sua vez, dispõe meios reflexivos e comunicativos, mecanismos para *agir no mundo* com suas próprias configurações e especificidades, e não há nada de neutro nisso.⁷⁰⁵

A *neutralidade* é atribuída ao Direito como se fosse uma das suas principais qualidades, contudo, ao contrário do que parece, ela pode servir para esconder projetos políticos conservadores, que pretendem justificar determinado estado de coisas como se ele fosse *natural* ou por uma suposta impossibilidade de atuação política do Judiciário. O problema está no fato de que o discurso da neutralidade que endossa o *status quo* é, em si, político, faz parte da estrutura institucional que mantém as desigualdades.

A partir da constatação da desigualdade de distribuição de propriedades, de oportunidades, de renda e de preferências, o *status quo* é um sinal de “partidarismo”. Faz-se necessário observar que a neutralidade judicial não apenas é enganosa, como também constitui uma fonte (re)produtora de injustiças. Isso porque a neutralidade desconsidera o fato de que os direitos que existem são, eles próprios, produtos de leis. As pessoas são proprietárias de bens pelo fato evidente de que existe um sistema jurídico que as habilita ser

⁷⁰⁴ TRIBE, L. *The Invisible Constitution*. p. 88.

⁷⁰⁵ Nos termos de White: “The law can be made to seem dead, bureaucratic, overconceptualized, unfeeling language if any is, and the question can be brought home to the future lawyer with some vividness: What does it mean to devote your life to speaking such a language, in such forms, and with such voices? (...) try to transform our sense of law by putting it together with something else: to try to see it as a compositional art, as a set of activities by which minds use language to make meaning and establish relations with others.” (WHITE, J. B. *Justice as Translation*. p. 17).

detentoras de propriedade privada. Não existe nada de *natural* ou *atemporal* neste processo, na definição de um sujeito de direito proprietário, no artifício, na artificialidade de institutos jurídicos que determinam as relações intersubjetivas.

A reprodução dessa mentalidade pode ser observada em decisões constitucionais que esquecem que os direitos são uma criação social e política, e não ditames divinos a serem contemplados e preservados em um altar. A própria possibilidade do controle de constitucionalidade é um forte indicativo que carrega o vetor oposto.

Para Sunstein, o problema básico do discurso da neutralidade e do *status quo* é o de que interrompe, no estágio equivocado, o sistema da democracia deliberativa, ao recusar submeter a prática jurídica existente ao escrutínio democrático. Isso porque, dentre outras coisas, se recusa a admitir que existem processos políticos envolvidos na distribuição de riquezas, no direito de propriedade, afastando-os da prática deliberativa.⁷⁰⁶

O sentido de *qualquer texto*, inclusive do texto constitucional, necessariamente está sujeito a diferentes interpretações. No caso da Constituição, esta fornece direções para sua compreensão ao dispor os princípios fundamentais substantivos que se encontram sob sua proteção. Estes, por sua vez, são produto de *compromissos* substantivos.⁷⁰⁷

Neste ponto, tanto o constitucionalismo como a democracia podem fazer referência a compromissos originários, porém, estes não são suficientes. Os compromissos precisam ser interpretados, submetem-se a um processo de contínua redefinição. Assim, aquilo que guia a tarefa interpretativa é que os compromissos não podem ser disponibilizados de uma só vez para a vontade presente.

Se o *Povo* como uma totalidade pudesse, ainda que de maneira “virtual” ou “artificial”, declarar sua *vontade* em *uma voz*, ainda assim, seria necessária a interpretação de tal vontade pelas gerações posteriores, mesmo que o *evento*

⁷⁰⁶ SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 6.

⁷⁰⁷ SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 8.

envolvesse uma manifestação soberana. O *Povo* inserido em uma temporalidade estendida não se manifesta apenas com *uma voz*.

Para Rubinfeld, o povo pode inscrever seus pactos no mundo ao longo do tempo, eis que a interpretação constitucional de um autogoverno escrito também precisa ser um projeto *escrito*. Trata de um empreendimento em que um texto é amalgamado com outro(s) durante longos períodos temporais.⁷⁰⁸ Mesmo um momento constitucional “supremo” precisa ser interpretado. Logo, a escritura constitucional só faz *sentido* como um processo de permanente reescritura, reinscrição de sentidos,⁷⁰⁹ redefinição de acordos políticos, da tensão entre vivos e mortos, da democracia e do constitucionalismo.

Uma interpretação que se proponha neutra nega profundamente o papel interpretativo que os princípios possuem em *conferir sentido* aos textos e esconde a inevitabilidade da confiança judicial em compromissos substantivos – no caso, são estes compromissos que conferem os liames que reúnem a sociedade em torno de projetos, presentes e futuros. É partir deles que se torna possível desenhar uma identidade (constitucional) em disputa, aberta para novas definições.

Se o foco das atenções for centrado exclusivamente no papel das Cortes, há, por conseguinte, uma diminuição do senso de responsabilidade de outros órgãos públicos e mesmo dos cidadãos, arrefecendo outras estratégias e projetos que ainda não passaram pelo *filtro* da juridicidade.

Contudo, como lembra Sunstein, a Constituição é voltada para *todos*, não apenas para os juízes.⁷¹⁰ Seus princípios deveriam ser incorporados na prática de outras instâncias do poder. Assim, na medida do possível, legisladores, membros da administração e os cidadãos também deveriam se sentir vinculados pela Constituição.

O reconhecimento de que existem escolhas substantivas muito significativas nos textos constitucionais abre a porta para um passo além do papel que Ely procurou atribuir às cortes constitucionais ao realizar o controle de

⁷⁰⁸ RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 173.

⁷⁰⁹ RUBENFELD, J. *Freedom and Time*. p. 174.

⁷¹⁰ SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 9

constitucionalidade, qual seja, o de manter os canais abertos para os embates políticos democráticos.⁷¹¹

Há uma significativa diferença entre um sistema em que os representantes procuram apresentar justificativas para suas decisões e um sistema determinado exclusivamente pelo poder político. Além de mecanismo importante para tornar públicas as razões do governo, também é um meio de refrear, obrigar a apresentar motivos para os atos do governo.⁷¹²

Após o New Deal, a base para essas decisões, a neutralidade ou a *naturalidade* da condição social como legitimadora da decisão jurídica, não poderia mais ser utilizada. Essa foi uma rejeição consciente e explícita por parte da Suprema Corte.⁷¹³ Os passos seguintes, com a releitura da tradição jurisprudencial da posição de diferentes direitos, dentre eles o direito de propriedade, teve como patamar o fato de que a condição das relações sociais era fruto – em diferente níveis – dos direitos. Portanto, a resposta jurídica para

⁷¹¹ ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁷¹² Sunstein afirma que a ideia de forçar governos a apresentar razões pode ser vista como muito abstrata. Por isso, elenca três casos paradigmáticos que auxiliam na ilustração da importância desta prática: *Plessy v. Ferguson* (1896), em que a Suprema Corte decidiu que a segregação com base na raça não violava a Constituição; *Lochner v. New York* (1905), em que a Suprema Corte invalidou uma lei que estabelecia uma jornada máxima de horas de trabalho para padeiros; *Muller v. Oregon* (1908), em que Suprema Corte manteve uma lei que estabelecia um máximo de horas possível para o trabalho de mulheres. O principal problema das decisões, para Sunstein foi o seguinte: “In all three cases, the Court took existing practice as the baseline for deciding issues of neutrality and partisanship. It did so by assuming that existing practice was prepolitical and natural (...)” (SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 41).

⁷¹³ Em perspectiva distinta da apresentada por Ely, Robert Bork advogou o originalismo e apresentou sua oposição às mudanças da Suprema Corte. Para Bork, se já existem direitos e liberdades especificados na Constituição, a Corte não precisa fazer escolhas de valores para protegê-los. Por outro lado, se não existem direitos protegidos pela Constituição e os tribunais escolhem quais são esses valores a partir de seus julgamentos, então, o silogismo dos magistrados seria justificado. Para Bork, a Suprema Corte não escolhe valores fundamentais, pois uma Corte que fizesse tais decisões não poderia se adequar a uma sociedade democrática. Se alguém concorda com as decisões da Corte Warren, esta pessoa está, segundo Bork, pronta para sacrificar o processo democrático. A Corte não deveria ser um agente de mudanças e ela não seria mais legítima do que qualquer outra instituição para realizá-las. Por isso, para Bork, a escolha de valores fundamentais pela Corte não pode ser justificada. “Where constitutional material do not clearly specify the value to be preferred, there is no principled way to prefer any claimed human value to any other. The judge must stick close to the text and the history, and their fair implications, and not construct new rights. The *Griswold* case illustrates the point. The *Griswold* decision has been acclaimed by legal scholars as a major advance in constitutional law, a salutary demonstration of the Court’s ability to protect fundamental human values. (...) The Court’s *Griswold* opinion, by Justice Douglas, and the array of concurring opinions, by Justices Goldberg, White and Harlan, all failed to justify the derivation of any principle used to strike down the Connecticut anti-contraceptive statute or to define the scope of the principle.” (BORK, R. H. *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*. In: *Indiana Law Journal*. v. 47, 1971. p. 8).

as demandas que eram levadas até a Corte não poderiam ser a da simples manutenção do *status quo*.

A Suprema Corte assumiu que o direito possuía uma *responsabilidade política* em moldar as relações intersubjetivas de uma comunidade, ao invés de adotar uma posição deferente, condescendente perante as desigualdades sociais existentes. A questão, que pode parecer paradoxal, é que a postura “omissa” ou neutra da Corte na resolução dos conflitos que lhe eram apresentados era, em si, uma posição política – no caso “conservadora”.⁷¹⁴

Há um jogo muito peculiar nesse ponto que é a construção política de liberdades que, *a posteriori*, serão escondidas como puras técnicas, com a “mescla com a natureza social”. Isso pode ser visto também como a naturalização das condições sociais para a reprodução de posições sociais de poder – que passaram a ser, em tese, alheias às manifestações do Judiciário.

Por isso, a interpretação constitucional vai demandar a incorporação de princípios externos à Constituição. Aquilo que se tem é uma rede, uma trama de conceitos previamente estabelecidos que serão remodelados de acordo com os novos casos que forem apresentados. Eventualmente, tais casos irão colocar em prova os limites semânticos sobre os quais é possível ter um acordo até então.⁷¹⁵

⁷¹⁴ Para Kim Scheppelle, a “velha” deferência judicial acredita que as Cortes deveriam silenciar ou, ao menos, não serem combativas em casos de guerra ou em “estado de emergência”. Elas deveriam concordar com as ações do executivo em crises e evitar opor as políticas do estado ou confrontos com o governo quando este adota medidas extremas: “The old deference cases drip from an overflowing sense that courts have a limited place in the constitutional order. Over and over, judges report that they cannot possibly know what the executive knows, that they cannot decide without seeing the security-barred information that would enable them to sort out what actions were essential and which were reckless mistakes, and that they have no right to know these things in any event. As a result, judges feel compelled to side with the executive, all of the while saying that they believe that the government in wartime will act in an honorable manner. In times of war, and even in the peace that follows, judges repeatedly find that the government had to do what the government had to do. And after the wars were over, researchers have repeatedly found that the government should not have been trusted.” (SCHEPPELE, K. L. The New Judicial Deference. In: *Boston University Law Review*. v. 92. 2012. p. 108).

⁷¹⁵ “It is customary to lament an outcome that has not been completely theorized, on the ground that any such outcome has been inadequately justified; but there are special advantages to incompletely theorized agreements in law (and elsewhere). Such agreements are especially well suited to the institutional limits of the judiciary, which is composed in significant part of multimember bodies, consisting in turn of highly diverse people who must render many decisions, live together, avoid error to the extent possible, and show each other mutual respect. The virtues of incompletely theorized agreements extend as well to social life, to workplace and familial life, and even to democratic politics.” (SUNSTEIN, C. Incompletely Theorized

A abertura interpretativa (necessária) não significa que *qualquer coisa* pode se tornar parte do léxico constitucional, o qual cumpre o papel de limitar o alcance das significações apresentadas. Por ocupar posição diferenciada da pura política, o direito submete todos os atores públicos. Aqui a importância da característica moderna do direito, ou seja, a *pretensão de universalidade* das normas. A capacidade de limitar aqueles que estão no poder, tanto no sentido do exercício do poder como no tempo de permanência no poder.⁷¹⁶

Ademais, também é importante que uma distinção inicial entre os julgamentos políticos e jurídicos seja realizada, embora esta distinção venha a estar limitada tanto em termos normativos como ontológicos. Ainda, o desacordo jurídico acaba por ser um desacordo por princípios interpretativos. Para Ely, o controle de constitucionalidade deveria abrir os caminhos para os procedimentos democráticos – sem interferência em causas substantivas.⁷¹⁷ Isso é afirmado a partir da ideia de que os juízes não poderiam incluir seus próprios valores nas decisões.⁷¹⁸

O problema, aponta Sunstein,⁷¹⁹ é que a Constituição especifica vários valores substantivos os quais não ficam limitados à identificação de procedimentos justos. Ou seja, a ideia central de democracia representativa – que Ely está defendendo em termos procedimentais – demanda a defesa de *valores substantivos*, pois a própria democracia apresenta-se como valor

Agreements. In: *Harvard Law Review*. v. 108, 1995. p. 1738).

⁷¹⁶ Ela limita a ação de todos os políticos, independentemente de partido, ideologia, ou preferências localizadas. Se o direito ocupa posição distinta da política e é um limite para o próprio exercício político, a fronteira que usualmente se coloca em disputa é sobre a determinação da configuração dos próprios limites.

⁷¹⁷ Cf. ELY, J. H. *Democracia e desconfiança*.

⁷¹⁸ Como explana Ackerman, a perspectiva fundada em procedimentos entende que, embora não possamos convencer nossos legisladores em todas as ocasiões de nossos interesses, podemos insistir que eles tratem nossas demandas com respeito, considerando os argumentos morais e empíricos que lhe são ofertados, rejeitando-os apenas um escrutínio adequado de sua inadequação ante o interesse público. Se um grupo falha no recebimento deste tratamento, ele está a sofrer preconceito, questão que diferente de análises que tratam da possibilidade ou impossibilidade dos argumentos, de seus méritos. As Cortes deveriam, portanto, procurar remediar de maneira adequada tais procedimentos, sem que os juízes viessem a enfrentar a tarefa “suspeita” de prescrever valores substantivos: “If *Carolene* somehow hoped to find a shortcut around this substantive inquiry into constitutional values, its journey was fated to fail from the outset. The difference between the things we call ‘prejudice’ and the things we call ‘principle’ is in the end a substantive moral difference. And if the courts are authorized to protect the victims of certain ‘prejudices’, it can only be because the Constitution has placed certain normative judgments beyond the pale of legitimacy.” (ACKERMAN, B. Beyond *Carolene* Products. In: *Harvard Law Review*. v. 98, 1985. p. 740).

⁷¹⁹ SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 104.

substantivo. Portanto, mesmo as características procedimentais da democracia, como os mecanismos que habilitam a participação política e a pluralidade partidária, estão fundadas em valores.

De acordo com Tribe, uma dificuldade que se apresenta para aqueles que defendem as teorias procedimentais é o caráter substantivo dos compromissos mais importantes previstos na Constituição, que definem os valores que a comunidade política atribui para si mesma e deve continuar a respeitar.⁷²⁰ A liberdade religiosa, a proibição da escravidão, a proteção à propriedade privada são exemplos de instituições sociais protegidas por valores substantivos.

Aquilo que é “enigmático” para Tribe é que se procura afirmar que a Constituição deveria estar preocupada com *processos* e não com *substâncias*. Porém, mesmo os procedimentos mais formais da Constituição não podem ser compreendidos ou aplicados na ausência de uma teoria de direitos fundamentais, uma teoria que demanda escolhas substantivas controvertidas, que os procedimentalistas procuram restringir ao eleitorado e aos parlamentares.

Ademais, é importante lembrar que para se falar de controle de constitucionalidade, para Sunstein, ao menos a base dos argumentos deve ser fundada em razões substantivas e Ely não apresenta a defesa dos argumentos substantivos que dão suporte para o controle de constitucionalidade.⁷²¹

O problema de uma perspectiva estritamente formalista é que ela não se importa com as *distorções comunicativas* advindas do uso de princípios interpretativos no movimento de atribuição de sentido aos textos jurídicos. Tanto os formalistas como aqueles que defendem o *status quo* não levam em consideração as disputas substantivas que são travadas na *atribuição de sentido* normativo para os textos, característica que cerceia o alcance epistêmico delas.

Ademais, o próprio processo de *atribuição de sentido* não é neutro pelo fato de princípios fornecerem informações (mas não de maneira determinista, ou seja, o passado deixa o futuro em aberto), mas também colocarem barreiras na

⁷²⁰ TRIBE, L. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. In: *Yale Law Journal*. v. 89, 1980. p. 1063.

⁷²¹ SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 106.

interpretação. Ainda, a estrutura constitucional auxilia nesse processo, pois, como afirma Sunstein, é correto deduzir da *estrutura da Constituição* Americana que há, por exemplo, um direito geral de viajar de um estado para outro, ainda que não exista uma previsão expressa em seu texto.⁷²²

A história pode servir de guia referencial para atribuição de sentidos, mas, como lembra Sunstein,⁷²³ este também é um processo construído politicamente, pois há uma escolha em *atribuir sentido* para a história na estratégia interpretativa.⁷²⁴ A história anterior do conceito passa a ser relevante pelo fato de o intérprete atribuir um papel importante para ela no processo semântico, pois resta em aberto o caminho – deveras tortuoso – da produção de novos significados para os princípios, reduzindo ou aumentando seu alcance de aplicação.

A partir disso, questiona-se: quais são as razões elementares que conduzem a decisão do magistrado? A primeira linha para tal resposta costuma ser a “lei”, os produtos da atividade legislativa, as regras decorrentes da administração, Constituições escritas e, em menor escala na tradição do Civil Law, os precedentes, a *corrente* de casos do passado que seria como uma *fonte de luz* para o conflito apresentado diante do magistrado.⁷²⁵

Porém, a busca pelo texto, o textualismo, acaba por ser o grande motor que define (ou definia) os países da tradição romano-germânica. O texto escrito apresenta-se como a fonte para o *sentido* na aplicação da “lei” ao caso. Mas tal método, técnica é suficiente? Preenche a lacuna na relação entre o hiato de

⁷²² SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 119. No caso *Saenz v. Roe* (1999) o Justice Stevens reconheceu que o termo “viajar” não está previsto na Constituição, embora o direito de viajar esteja garantido pela jurisprudência e abrange ao menos três componentes: “It protects the right of a citizen of one State to enter and to leave another State, the right to be treated as a welcome visitor rather than an unfriendly alien when temporarily present in the second State, and, for those travelers who elect to become permanent residents, the right to be treated like other citizens of that State.”.

⁷²³ SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. p. 120.

⁷²⁴ Para Ely: “O adepto do não interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de definir quais valores devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, mas o interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já que a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade o povo controla a si mesmo.” (ELY, J. H. *Democracia e desconfiança*. p. 13).

⁷²⁵ Sobre a questão ver: DWORKIN, R. Law as Interpretation. In: *Texas Law Review*. v. 60, 1982; FISH, S. Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature. In: *Texas Law Review*. v. 60, 1982. p. 553.

vozes, entre a apresentação do caso diante da lei, da reapresentação dos fatos, da passagem, da transposição do Direito para o plano do *ser*?⁷²⁶

A insuficiência do textualismo, a lacuna do texto, levou Charles Black a direcionar sua atenção não para o texto, mas para a *estrutura* e a *relação* da Constituição.⁷²⁷ O método que se limita à explicação textual opera no nível da “linguagem geral” e pode, usualmente, produzir sentidos por diferentes meios interpretativos. Contudo, o método não fornece garantias para o próprio *sentido*, pois a Corte pode afirmar que está limitada pelo sentido disposto de outra instância de poder.

A questão é política e não gramatical, o que não afasta a gramática ou submete o direito à totalidade política. Trata de uma inquirição sobre as *estruturas e relações* que estão estabelecidas, quais métodos ou modelos compõem a base para o raciocínio jurídico?⁷²⁸

Um dos elementos que pode ser apontado é o próprio governo, como uma estrutura que funciona por meio da reunião de relações institucionais, com a organização de suas próprias atividades e ante as diferentes instâncias de poder sob as quais a burocracia estende seus ramos.

Outro aspecto está na ênfase não no respeito ao texto que define tais relações, mas na compreensão da alta generalidade e ambiguidade que marca a *escritura* constitucional. Black entende que tal indefinição pode ser reduzida com a compreensão das *estruturas e relações* dos institutos governamentais. A Constituição pode ser observada como uma parte do Direito que é aplicada

⁷²⁶ Como lembra Derrida, a busca pela comunicação dos pensamentos através de sons, fez com que as pessoas produzissem novos signos capazes de perpetuar tais pensamentos e torná-los conhecidos para pessoas que estão *ausentes*: “The meaning of contents of the semantic message would thus be transmitted, *communicated* by different *means*, by more powerful technical mediations, over a far greater distance, but still within medium that remains fundamentally continuous and self-identical, a homogeneous element through which the unity and wholeness of meaning would not be affected in its essence. Any alteration would therefore be accidental.” (DERRIDA, J. *Limited Inc.* p. 3).

⁷²⁷ BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. Woodbridge: Ox Bow Press, 1985. p. 22. De acordo com Amar: “In his elegant meditations on Structure and Relationship in Constitutional Law, Charles Black powerfully reminded us that the Constitution is more than a jumble of disconnected clauses. Because the document forms a coherent whole, sensitive readers must go beyond individual clauses to ponder the larger constitutional systems, patterns, structures, and relationships at work.” (AMAR, A. *America’s Constitution and the Yale School of Constitutional Interpretation*. In: *The Yale Law Journal*. v. 115, n. 8, 2006. p. 2001).

⁷²⁸ BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 23.

pelas Cortes, contudo, afirma Black: “Existe, além disso, uma próxima e perpétua interoperação entre o texto e os modos relacionais e estruturais de racionalidade, pois, no que trata da estrutura e da relação elas foram criadas pelo texto (...)”.⁷²⁹

Logo, a permanente, a *perene* codeterminação, manifestada na mobilidade entre estrutura e relação, pode ser observada em características extrínsecas ao texto da lei ou de cláusulas derivadas deste. Black propõe um “modo de inferência” a partir das relações políticas que vinculam o *povo* de uma comunidade intercomunicativa.⁷³⁰ A todos os abrangidos pelo *pacto político*, pelo governo, aos quais é garantida a cidadania e que, por sua vez, fornecem as substâncias que definem a própria Constituição.

A cidadania não é uma pura reprodução de um modelo anterior de vida cívica, trata da incorporação e da participação na sociedade, ela pode remediar patologias sociais.⁷³¹ Por isso, para Black, enfermidades sociais como o racismo

⁷²⁹ “There is, moreover, a close and perpetual interworking between the textual and the relational and structural modes of reasoning, for the structure and relations concerned are themselves created by the text (...)” (BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 31. Tradução livre). Pode ser observado como um exemplo o caso *Gitlow v. New York* (1925) em que a cláusula do “Devido Processo” prevista na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos foi afirmada pela primeira vez como garantidora também da liberdade de expressão e imprensa. Benjamin Gitlow, havia sido acusado do cometimento do crime de “anarquia criminal”, por ter publicado um Manifesto no “The Revolutionary Age”, o jornal da “ala esquerda” do Partido Socialista, em que defendida, dentre outras posições políticas, a revolução comunista através da mobilização do poder do proletariado através de revoltas e greves, com a proposta de destruir o Estado parlamentar e estabelecer em seu lugar uma revolucionária ditadura do proletariado. A Suprema Corte considerou o Manifesto como um chamado para atos violentos e não apenas um material voltado para o debate de ideias. A condenação estabelecida pela Corte de Nova Iorque foi mantida, com a divergência de Holmes, seguido por Brandeis, que entendeu que Gitlow deveria ser liberto. Para Holmes, o princípio geral da liberdade de expressão deveria ser incluído na 14ª Emenda, na abrangência do termo “liberdade”, em uma latitude mais ampla de interpretação do que aquela autorizada pelo Congresso, ante a extensa linguagem que deveria governar as leis dos Estados Unidos. O paradoxo está no fato de que, depois da maioria afirmar a extensão da liberdade de expressão, Gitlow acabou preso. Black observa que o caso estendeu a proteção da 14ª Emenda para incluir a liberdade de expressão, mas apenas para os casos de exercício desarrazoado do poder de polícia por parte do Estado: “We must remember that a great leap had to be taken, before the Fourteenth Amendment could do any good in this field – the leap from the base-line normal meaning of ‘due process of law’ to a special requirement of justification for state enactments of this sort. This leap, as we have seen, was not taken in *Gitlow*; it came later, and its length was not everywhere measured the same. From time to time some Justices have alluded to the leap with some indication that it might not in their minds be as long a leap as some other Justices, and some of the rest of us, would like to think.” (BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 45).

⁷³⁰ BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 50.

⁷³¹ BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 53.

são questões que precisam ser reparadas.⁷³² Além disso, o conceito de “irmandade” deve ser reconsiderado, pois tal demanda nunca poderá ser alcançada. O amor fraternal não pode ser derivado do direito, ele pode ficar “na sombra do tempo”, aguardando; porém, a vida cidadã se *apresenta* como um antigo desafio, é representada e se faz presente há muito tempo.

Black expõe que a confiança apenas no texto da Constituição é frágil, pois este é um acordo político “acidental”, realizado em uma determinada data e que foi transformado em texto. Ele não é suficiente, não se pode tratar de um “acidente textual”, pois há (sempre) *algo a mais* para ser dito sobre a liberdade de expressão, sobre a questão racial, do que os termos, por exemplo, da 14^a Emenda da Constituição dos Estados Unidos. As liberdades fundamentais possuem uma fundação ainda *mais profunda*, elas pertencem à própria *estrutura* do sistema político, da garantia do gozo de direitos, da cidadania.⁷³³

Trata-se de uma *arquitetônica política*, que prevê as liberdades fundamentais e dispõe a Suprema Corte como um componente que interage com os outros mecanismos de poder, que possui como função, a princípio, a interpretação e execução de políticas criadas em *outros lugares*.

Por isso, o instituto do controle de constitucionalidade não trata das atividades rotineiras dos magistrados ou de pessoas que aplicam políticas gerais que organizam a vida da comunidade política. O controle de constitucionalidade possui o poder de anular os produtos da ação de outra autoridade política, por isso, não é possível equalizar *em definitivo* as controvérsias tanto da instalação como da utilização de tal instituto.

⁷³² Ao analisar o caso *Brown v. Board of Education* (1954), Black observou que a cláusula de igual proteção deveria ser lida de forma a proibir a promoção de desvantagens significativas para a raça negra e que, a segregação é uma desvantagem intencional massiva para os negros, logo: “I find reinforcement here, at least as a matter of spirit, in the fourteenth amendment command that Negroes shall be ‘citizens’ of their States. It is hard for me to imagine in what operative sense a man could be a ‘citizen’ without his fellow citizens’ once in a while having to associate with him. If, for example, his ‘citizenship’ results in his election to the School Board, the white members may (as recently in Houston) put him off to one side of the room, but there is still some impairment of their freedom ‘not to associate’. That freedom, in fact, exists only at home; in public, we have to associate with anybody who has a right to be there. The question of our right not to associate with him is concluded when we decide whether he has a right to be there.” (BLACK, C. The Lawfulness of the Segregation Decisions. In: *The Yale Law Journal*. v. 69, 1960. p. 429).

⁷³³ BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 66.

Assim, pode-se traçar os tipos de confrontos que a autoridade judicial última é submetida no exercício do controle de constitucionalidade. A precisão das percepções sobre os confrontos envolvendo o controle de constitucionalidade remetem à sua fundação, à questão proposta e respondida em *Marbury v. Madison* (1803), em que Marshall estabeleceu os argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade, delineando o confronto entre a Corte e o Congresso.⁷³⁴

Black observa que, apesar das diferentes argumentações que poderiam ser usadas na decisão, a fundamentação do controle de constitucionalidade não está edificada apenas em *Marbury* ou no Federalista n. 78. O controle de constitucionalidade contou com a aquiescência do parlamento, nos diferentes momentos em que a Corte exerceu esta função.⁷³⁵ Assim, a Corte não enfrenta um cenário de *neutralidade*, o Congresso oscila sua posição em relação a este, mas continua a existir um interesse elevado no confronto entre o corpo de representantes, em um polo, e a Corte como guardiã da Constituição, no outro polo.⁷³⁶

⁷³⁴ O voto de Marshal no caso expressava que: “It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered in court as a paramount law are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law.”

⁷³⁵ BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 71.

⁷³⁶ Black, ao refutar as posições de Bickel e Learned Hand, afirmou que não existia qualquer problema na legitimidade no controle de constitucionalidade: “Either it is relevant to modern problems to assess the bedrock legitimacy of judicial review, or it is not. If it is not, let’s forget about it altogether. If it is, then the relevance has to be a differentiated relevance; the view one takes of the logic of *Marbury v. Madison*, cannot be relevant to the attitude one is to assume toward review of the actions of the states for their federal constitutionality. For the modes of legitimation are entirely different. *Marbury v. Madison* may be thought to pose a problem – a problem to which the right solution was found, I think, but a problem nonetheless. There simply is no problem about the fundamental legitimacy of judicial review of the actions of the states for federal constitutionality.” (BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 73). A importância da teoria apresentada por Black não está limitada ao controle de constitucionalidade, este faz parte da proposta mais abrangente da análise da relação e estruturas de governo, como observa Dorf: “The signal contribution of *Structure and Relationship* is its identification of a method of constitutional interpretation in which the reader draws inferences from the relationship among the structures of government—such as Congress, the Presidency, and the states.” (DORF, M. *Interpretive Holism and the*

Por isso, o próprio *lugar* do Judiciário é um ponto em disputa dentro da estrutura de governo e diferentes poderes podem interferir na definição deste lugar. Black expõe que, no caso do Estados Unidos, o Congresso procurou retirar os poderes da Suprema Corte e uma onda teórica também se voltou contra o papel da Corte, ao afirmar que ela deveria abdicar de suas funções mais polêmicas e seguir a autocontenção, o que seria o sinônimo de uma “catatonia judicial”. O receio de Black se voltava para a impossibilidade da implementação do constitucionalismo pelo Judiciário como um “componente vivo” do governo.⁷³⁷

A decisão sobre a continuidade da implementação do constitucionalismo pelo judiciário cabeira ao Povo, pois nenhuma instituição pode sobreviver sem a *vontade do povo* para que ela continue ativa; ademais, o papel das cortes aparenta a de um fenômeno político.⁷³⁸

A Constituição – e pode-se dizer o mesmo sobre qualquer *escritura* – não é um texto que possui todas as chaves para sua interpretação. Mesmo nos casos em que a Constituição aponta para um *sentido* do texto, os próprios termos demandam interpretação. Segundo Black: “Não existe tal coisa como uma linguagem absolutamente transparente, auto-interpretativa, e mesmo que houvesse a Constituição certamente não é redigida em tal linguagem ou em qualquer coisa remotamente parecida com ela.”⁷³⁹

Black defende o método da *relação e estrutura*, em que haveria a maior cobertura de problemas e uma teoria da liberdade de expressão baseada não no

Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity. In: *The Georgetown Law Journal*. v. 92, 2004. p. 833).

⁷³⁷ BLACK, C. *The People and the Court: judicial review in a democracy*. New York: The Macmillian Company, 1960. p. 1-2. Cf. STRAUSS, D. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁷³⁸ “The essence of judicial review, to recapitulate, is simply this: In the course of a judicial proceeding, it may happen that one of the litigants relies on a statute or other governmental pronouncement which the other litigant contends to be repugnant to some provision of the Constitution. It is the task of the court to determine what the law is. If the Constitution is a law of superior status, then the rule of the Constitution, and not the rule of the statute or other governmental pronouncement, is the correct rule of law for application to the case before the court. The court, under our system, therefore considers itself bound to follow the rule of the Constitution, an so to treat the other rule as a nullity.” (BLACK, C. *The People and the Court*. p. 12).

⁷³⁹ “There is no such thing as absolutely clear, self-interpreting language, and even if there were the Constitution very certainly is not couched in such language or in anything remotely like it.” (BLACK, C. *The People and the Court*. p. 13. Tradução livre).

texto, mas nas *relações políticas*, nos institutos que deveriam ser protegidos pelo governo, ainda que sua preservação implique, em certos casos, a não interferência.

O mesmo poderia ser observado na própria relação com a interpretação textual em que os casos apontam para *sentidos*, *direções* não previstas e que foram deixadas em aberto pelo raciocínio formal.⁷⁴⁰ Ademais, entende que vários problemas deveriam ser analisados em termos de *relação e estrutura* de modo a apurar a justificação do resultado alcançado pela decisão.

O conceito de controle de constitucionalidade, mesmo em sua prática imperfeita, cumpre a função de uma *simbolização ritual* de uma “grande ideia”.⁷⁴¹ A dicotomia ingênua entre governo das leis e não de homens foi superada pelo reconhecimento de que não pode haver leis sem homens que as interpretem, pois eles precisam interpretá-las, moldá-las e aplicá-las. Afirma Black que não existem leis sem homens, mas, com e *por* eles, e os homens podem viver juntos sob tal tipo de lei.

Um governo de leis por intermédio de homens é um ideal possível ao qual as estruturas políticas e os cidadãos podem almejar, este é um ideal do *passado* que originou as instituições que definem o governo. O controle de constitucionalidade, ainda que de maneira imperfeita, serve como a *incorporação simbólica* do ideal, ele garante que “(...) nenhum homem ou organização de homens pode se encontrar fora da lei – fora de sua proteção ou de suas limitações. Mesmo o poder final do Estado é racionalmente mesurado, embora em uma ampla medida, e deve parar onde as leis o restringem.”.⁷⁴²

Para Black, o controle de constitucionalidade transpõe os tempos presentes, sua presença, pois é um *embrião* vivo para a solução do problema do poder. É um *ideal* que ele defende, que ele quer manter vivo, que irá sobreviver à vida dele, que ele não será espectador de sua plena manifestação, sua

⁷⁴⁰ BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. p. 94.

⁷⁴¹ BLACK, C. *The People and the Court*. p. 32.

⁷⁴² “(...) no man or organization of men is ever outside the law – outside its protection or outside its limitation. Even the final power of the State is rationally measured, though with an ample measure, and must stop where the law stops it.” (BLACK, C. *The People and the Court*. p. 32. Tradução livre).

revelação, por isso afirma: “Nosso trabalho é cuidar dele para que não vivamos para ver ele morrer.”⁷⁴³

Aquilo que interessa a Black não é a *estrutura* da Constituição como um *documento*, mas os mecanismos institucionais criados por ela, os quais podem ser inferidos a partir do governo. As relações versam sobre as partes que compõem a estrutura, tais como o governo federal, os estados, cidadãos, estrangeiros, a Corte, entre outras.

Dorf acredita que o método de Black é pouco utilizado, dentre outras razões pelo “fantasma” de Lochner e de usos muito abrangentes da Corte por parte tanto de conservadores como liberais, eis que argumentos fundados no *texto* e na *estrutura* da Constituição parecem ser mais *determinados*.⁷⁴⁴ Contudo, a proposta de Black é a de que outras *modalidades* de argumentos constitucionais fossem reconhecidos, não se tratava de dispensar aqueles previamente estabelecidos.⁷⁴⁵

Considerar um Povo, que vive sob um determinado regime jurídico produzido ou adotado por eles mesmos, demanda a reflexão sobre a *identidade* deste mesmo povo, que é contínua ao longo de eventos de mobilização e mudança constitucional. Como observa Michelman, o Povo pode manter sua unidade, sua identidade, mesmo ao longo dos processos de transformação da Constituição.⁷⁴⁶

A *(bio)grafia* constitucional é diferente, suplementada a cada nova linha legislativa que é integrada ou retirada do corpo normativo. Tal síntese, da escritura da *vida* da Constituição, pode ser observada na identidade do sujeito constitucional ou, alternativamente, na (im)possibilidade da conjugação do *mesmo* e do *diferente* em um mesmo corpo, em uma mesma instituição.

⁷⁴³ “Our job is to look to it that we do not live to see it die.” (BLACK, C. *The People and the Court*. p. 33. Tradução livre).

⁷⁴⁴ DORF, M. Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity. p. 838.

⁷⁴⁵ BOBBIT, P. *Constitutional Fate: theory of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 1984. p. 6-8.

⁷⁴⁶ Michelman recorda que, se não formos capazes de afirmar uma *identidade* entre aqueles que decidem acerca de transformações constitucionais e aqueles que vivem sob a decisão daqueles, não seria possível sequer falar em autodeterminação popular. MICHELMAN, F. *Constitutional Authorship by the People*. p. 1626.

Na produção de autoridades jurídicas atreladas à Constituição, aquilo que se espera é que os constituintes possam se tornar figuras históricas que definam a identidade da comunidade política. Tal expectativa vincula os intérpretes constitucionais “presentes”, que procuram suportar a força normativa da Constituição, afirmar sua autoridade perante os vivos. Isso torna os intérpretes enredados, ao mesmo tempo, pela escritura passada e pela vontade “presente”.

Pode-se reconhecer, a partir disso, que a Constituição é produzida e acompanhada por uma história densa, que não tem nada de autoevidente e que também não se define de maneira isolada de outros fatores “exteriores”. A narrativa da Constituição pode ser objeto de diferentes *desenlaces*, distintas compreensões sobre seus conceitos e suas estruturas, bem como de seu texto.⁷⁴⁷

Trata-se de uma dimensão da Constituição que, se não necessariamente “progride” ao longo do tempo, deveria procurar *expandir* o número de narrativas que almejam definir seus *sentidos*, abrir os diferentes *caminhos* do constitucionalismo para a democracia, ao invés de apagar os rastros passados ou mimetizar os passos dos constituintes.

A democracia, observada a partir da tradição constitucional, carrega a promessa da autodeterminação pelo povo. Contudo, para que esta seja possível, arranjos sociais precisam ser estabelecidos para sua concretização. Logo, a proposta de que a democracia seja *apenas* majoritária é insuficiente. O controle do mundo pela maioria dos “vivos” é fundamental para a garantia da autodeterminação, porém, observa Post, o aspecto majoritário não pode ser visto como o único elemento da caracterização da democracia.⁷⁴⁸

O projeto *limitado* a procedimentos que possam corrigir abusos por parte da maioria não toca o cerne das questões que são colocadas em disputa. O dilema fundamental da democracia se coloca, portanto, na (im)possibilidade de reconciliação entre a autonomia individual e a autodeterminação coletiva.

⁷⁴⁷ TRIBE, L. *The Invisible Constitution*. p. 69.

⁷⁴⁸ POST, R. C. *Constitutional Domains*. p. 6-7.

Em termos contrafáticos, tal reunião, assembleia, a reconvenção do “povo” tomaria lugar em uma estrutura política que garantisse a livre comunicação, a expressão entre as partes. Contudo, a própria definição da estrutura que habilitaria a livre comunicação entre os sujeitos, o espaço de demonstração dos *discursos públicos*,⁷⁴⁹ se funda na tensão entre manifestações públicas e privadas, ante o paradoxo no cerne da democracia.

Se há uma ênfase bastante expressiva na mutabilidade das interpretações legais realizadas pela comunidade política, da própria compreensão do “fenômeno” jurídico e do papel dos magistrados na aplicação do Direito, isso se deve à projeção que é feita do Direito como estabilizador das relações sociais.

A democracia, por sua vez, não pode ser tratada como conceito imobilizado ou atemporal. Diferentes modelos políticos e epistemológicos procuram *conferir sentidos* para a democracia, que pode ser tratada tanto como submetida à vontade de cidadãos isolados, detentores de propriedade privada, quanto por meio de outras imagens, que procuram privilegiar a autonomia das razões ao invés da autonomia das vontades ou, ainda, a prevalência da vontade pública sobre a privada.

Qualquer um dos modelos democráticos que afirme seu “triunfo” sobre os outros corre o risco de abandonar a representação democrática, oprimir minorias, desconsiderar aspectos irracionais na definição do político e não ser legitimado pelas diferentes vozes do povo. Por isso, a democracia é algo *por vir*, perfectível, um projeto *sem fim*, que nunca termina, um espaço que é sempre (in)determinado.

Aquilo que se coloca em “disputa” é a determinação dos *sujeitos*, dos *modos do ser*, fundamental para as diferentes esferas de poder. A administração pública, a comunidade política e a democracia constroem imagens de uma

⁷⁴⁹ “If public discourse is kept free for the autonomous participation of individual citizens, and if government decision-making is subordinated to the public opinion produced by public discourse, there is the possibility that citizens will come to identify with the state as representative of their own collective self-determination.” (POST, R. C. *Constitutional Domains*. p. 7).

subjetividade e formas pelas quais as relações com os indivíduos serão estabelecidas.

Para o poder público as pessoas tendem a ser transformadas em *objetos* ou em cenários mais elaborados, *agentes* ou *atores* políticos. Porém, usualmente, os sujeitos são tratados pela administração pública como peças de um tabuleiro na realização de políticas públicas. No plano da comunidade política os indivíduos são *normalizados*, possuem sua identidade definida pela coletividade que lhes é anterior, mas, igualmente, podem participar como cidadãos na (re)definição dos valores comunais. Na esfera democrática, as pessoas são idealizadas como autônomas, ou potencialmente capazes de autodeterminação, podem transpor as identidades constitutivas e determinar seus *destinos*.⁷⁵⁰

O reino das formas enfrenta um dos espaços mais voláteis na arena democrática, a qual é habilitada para questionar tanto a administração pública como a comunidade política, ainda que a separação entre as três esferas não seja sempre nítida ou rígida.

O compromisso com a autodeterminação se envolve com a democracia pois os valores da comunidade podem ser reconciliados, redefinidos, em um contínuo movimento entre a identidade e as diferenças, com a demanda que outros valores da comunidade, ainda não reconhecidos como pertences ao domínio público, possam ser (r)emendados no tecido “sem costura”. Dessa forma, o projeto da democracia reconhece a impossibilidade de *realizar de modo completo* a democracia, há sempre uma relação *necessária*, complementar e hostil com a comunidade.⁷⁵¹

Ao mesmo tempo em que a democracia *nega* a comunidade, ela depende desta para continuar a manter a coesão social, a homogeneidade necessária

⁷⁵⁰ “These examples serve to illustrate the ways in which management, community, and democracy each imply distinct configurations of persons and of the social worlds those persons inhabit. They also illustrate the ways in which the law can modify its own institutional interventions so as to become consistent with these different configurations. The law can vary its image of the ‘legal subject’ so as to match that image with the form of social order that the law seeks to establish. It is not useful to ask which of these different images is more ‘real’, for reality here is a function of the social order itself.” (POST, R. C. *Constitutional Domains*. p. 12).

⁷⁵¹ Cf. MOUFFE, C. *O regresso do político*.

para se realizar qualquer esboço de autodeterminação. Entre marginalidades e fronteiras, a relação entre a democracia e a comunidade precisa de estruturas jurídicas, as quais não irão fixar as últimas demarcações políticas, eis que permanecerão instáveis e contestáveis.

O espaço de poder ocupado pelo Direito, pela instituição da lei, e as formas e razões jurídicas conectam-se com a democracia, com o poder público e com a comunidade. Isso pode ser observado na necessidade de justificação das decisões, da exposição dos argumentos que procuram conferir racionalidade e universalidade para a jurisdição, principalmente nos casos envolvendo controle de constitucionalidade.

Para Post, a melhor forma de justificação por parte das Cortes ocorreria mediante o uso de premissas elementares, possíveis de ser compartilhadas com seus destinatários.⁷⁵² Tais premissas poderiam ser encontradas em estruturas sociais *propositivas*, as quais já possuem intenções em sua organização, como a democracia, a administração pública e a comunidade política.

A relação entre a lei e o plano fático pode ser exposta eis que, em certas circunstâncias, as Cortes irão reproduzir a ordem social e os mecanismos de *atualização* de sentidos manifestados pela vida social, enquanto, em outros casos, as Cortes irão procurar estabelecer o modo de vida adequado que a sociedade deveria seguir. Nas duas circunstâncias, as Cortes precisam articular de maneira convincente (ante o inafastável aspecto retórico das decisões) as premissas de autoridade que são colocadas em disputa, com o uso de justificações sobre o tema apresentado no âmbito jurídico.

Quando o *nomos* busca regular a vida em sociedade, ele dirige-se para os modos de vida em comunidade de duas maneiras. Por um lado, afirma a independência dos indivíduos e sua capacidade de autodeterminação, por outro lado e, em certos casos, de maneira concomitante, nega tal autonomia e procura governar certos aspectos que poderiam ser relegados à discricionariedade individual, às escolhas éticas de cada indivíduo. Uma alternativa para essa

⁷⁵² POST, R. C. *Constitutional Domains*. p. 15.

paradoxal relação estaria na manutenção e revitalização tanto dos laços comunitários como da esfera democrática.

Uma “comunidade democrática”, embora seja sempre instável e contestável, deveria ocupar um lugar importante não apenas nas relações intersubjetivas, mas também na jurisdição constitucional. Como anota Post, ante a impossibilidade de se formular “consensos absolutos”, o debate *constitui a democracia e é sem fim*,⁷⁵³ por isso deveria ser mantido como uma estrutura comunicativa contínua.⁷⁵⁴

Tal estrutura, que pode ser derivada das leis, não garante a compreensão, os consensos ou entendimentos. Apresenta-se, em muitos casos, como mecanismos de mediação discursiva de paixões, incompreensões e diferenças. As formas jurídicas podem garantir a participação de majorias e minorias no sistema comunicativo, do qual a legitimação de qualquer composição política depende.

No capítulo final da tese apresenta-se uma síntese das principais discussões desenvolvidas ao longo da tese e argumenta-se que existem diferentes caminhos para a definição da relação entre constitucionalismo e democracia.

⁷⁵³ POST, R. C. *Constitutional Domains*. p. 186.

⁷⁵⁴ Ver os casos: *Hustler Magazine v. Falwell* (1988) e a ADPF 187 julgada em 2011.

8. Considerações finais: caminhos difíceis

A questão central que perpassou a presente tese foi a de buscar expor as diferentes respostas para a constituição da Constituição. Os paradoxos entre o direito e a democracia, as formas de produção da Constituição e além de expor como as instituições funcionam, o sujeito constitucional foi ressaltado como um meio para mediar a questão intergeracional.

A partir disso, restou observada a impossibilidade ou a fragilidade de sistemas que abdicam de suas dicotomias ou que fazem com que a balança penda apenas para um dos dois lados, com a crença de que a técnica jurídica pode resolver todos os problemas fáticos ou de que o espaço público prescinde de molduras que habilitem a participação de todos na construção da comunidade política.

Aquilo que os caminhos do constitucionalismo para a democracia enfatizam é que não existe apenas uma forma para se reorganizar a identidade do sujeito constitucional. Uma identidade que não é tão fixa a ponto de não permitir mudanças, ou se tornar um pacto de suicídio coletivo, nem tão indeterminada a ponto de produzir indiferença por parte dos produtores e destinatários das normas.

Não existem caminhos fáceis para a construção de um Estado Democrático de Direito. A iniciar pelas disputas internas dentro da comunidade política, sobre os diferentes projetos dos modelos de administração pública, que englobam diferentes princípios, mas que precisam de um suporte institucional para que possam ocorrer. Por isso, defendeu-se que discursos políticos radicalmente distintos devem ter lugar nas arenas deliberativas, de modo que sejam respectivamente escutados.

No caso brasileiro, pode-se observar no plano institucional uma Constituição que é abrangente, a qual confere proteção para um amplo rol de direitos fundamentais, o que projeta o país no plano normativo em um lugar extremamente avançado. Por outro lado, o diagnóstico de época parece se colocar no sentido da dificuldade da transposição destes direitos na realidade. A passagem do *dever-ser* para o *ser* é um dos principais desafios que o país

enfrenta. Figurativamente, pode-se dizer que a identidade do sujeito constitucional está consolidada e com 25 anos de idade, mas ainda não conseguiu traduzir ou objetivar sua subjetividade no *mundo da vida*, o que leva a diferentes respostas institucionais na busca por esta objetivação.

Defendeu-se, portanto, a transposição do fundacionalismo e a superação de legados como a crença na técnica sem a relação com a política, a crença no puro textualismo, que empobrece a gramática constitucional nacional, além do desafio da *estrutura* e da *relação* dos conceitos que organizam os poderes políticos.

Assim, restou observado que o lugar de cada um dos poderes e qual o espaço que cada um deve ocupar não pode mais ser uma questão de simples “colocar cada coisa em seu lugar”. Ainda que se tenha concentrado na discussão que aparenta ser limitada ao Judiciário e ao Legislativo, as experiências políticas do século XX e as do início do século XXI apontam para a permanente capacidade de o Executivo destruir todos os outros poderes e a sociedade civil.

Logo, o desafio de escolher caminhos difíceis, que possam conciliar diferentes elementos culturais, históricos e políticos, no sentido da abertura das instituições públicas para a democracia e a preservação de direitos fundamentais não é algo que se realiza em um curto período de tempo. A construção do futuro começa no presente e a história também é um espaço de disputas permanentes, pela definição daquilo que *nos constitui* da resposta para a questão “quem somos nós?”.

A capacidade de formular e cumprir promessas mútuas compõe o alfa e o ômega da máquina burocrática política, pois a Constituição não constitui apenas a narrativa normativa da comunidade política, como também deve ser um espaço privilegiado para que as pessoas possam construir suas próprias narrativas de vida.

Por isso, precisa proteger conteúdos, valores, direitos fundamentais, a liberdade para a autodeterminação de cada indivíduo, para escolhas éticas, e, também, valores referentes à igualdade formal de todos perante a lei, bem como

a igualdade material, a qual possui como função a correção das desigualdades profundas produzidas na sociedade. A igualdade material torna-se, portanto, um dos símbolos da identidade do sujeito constitucional para corrigir equívocos da narrativa histórica do país, uma vez que os pactos que definem a comunidade política precisam ser, ao mesmo tempo, cumpridos e atualizados.

Logo, as pessoas precisam estar capacitadas para produzir suas próprias narrativas dentro da narrativa mais ampla que a Constituição abrange. O *Povo* precisa de uma arena política viva, um espaço que possam chamar de “casa”, sem o qual não é possível a articulação da sociedade civil, um espaço onde elas possam fazer e cumprir promessas.

É em tal espaço que as narrativas individuais irão encontrar as de outras pessoas – que diferentes caminhos irão se cruzar. Cabe ao Estado fornecer os mecanismos procedimentais para que a esfera pública continue a existir materialmente e não apenas formalmente. Por isso, as diferenças das narrativas possuem limites habilitadores, pois elas não podem demandar a vida de outra pessoa como forma de realização de seu projeto subjetivo ou submeter outras pessoas ao regime de escravidão.

Os limites que o Estado deve impor, devem impedir que o próprio Estado mate as pessoas, devem permitir que elas desenvolvam suas próprias narrativas de vida em um movimento reflexivo, mas também devem considerar que a vida dessas pessoas se objetiva no seio social. Por isso, o desafio que resta é o da manutenção da identidade do sujeito constitucional, e, também, a de sua abertura para novas definições.

Todos os itens anteriores ainda são desafios de diferentes níveis a serem implementados na realidade brasileira. A Constituição de 1988 resistiu a diferentes tipos de ataques ao longo de seus 25 anos, desde sua promulgação até a movimentos mais recentes no sentido da retirada de direitos de seu rol de garantias. A ilusão daqueles que acreditam que reduzir o texto da Constituição irá “desafogar” o país é proporcional ao interesse de todos os poderes em ter acesso à chave que pode alterar a “casa de máquinas” institucional. Contudo, erram o alvo ao atacar a Constituição de 1988, uma vez que a atualização da

identidade do sujeito constitucional e sua estabilização devem ocorrer *por meio* da Constituição e não *contra* a Constituição.

A narrativa constitucional brasileira está em suas primeiras páginas democráticas, os caminhos e os desafios políticos que o país precisará enfrentar são proporcionais à sua dimensão continental. O constitucionalismo pode seguir diversos caminhos na reconstrução da comunidade política, e se o século XX deixou alguma lição, é o de que estes devem seguir a sinuosa estrada da democracia. Não se trata de completar o projeto da modernidade, mas, reflexivamente, abranger tanto a parcela emancipatória da modernidade como aqueles que se ressentem por não se sentirem incluídos nele.

A continuidade da questão daquilo que uma Constituição *constitui* se encaminha para aquilo que (ou quem) a Constituição *representa*. Isso porque, uma vez que os processos de consolidação da identidade do sujeito constitucional produzem uma identidade, o próximo passo a ser dado – dependente do anterior – é a abertura para as diferentes *personas* ou *representações* a serem realizadas em seu corpo político. A realização desta *expansão* precisa ser enfrentada em um mundo pós-metafísico, no qual a construção de diferentes projetos normativos pode, observados os limites institucionais, ser abraçada.

Assim, podem-se demandar formas de redistribuição, bem como de reconhecimento, defender formas de justiça tão plurais como o comunitarismo e o libertarismo, propor que o liberalismo possa ser abraçado como projeto, mas, também, expor todas as suas patologias. Ainda, em termos não exaustivos, que e a construção deste *mundo* também possa ser disputada por diferentes utopias.

Essa é a perplexidade que precisa ser enfrentada para a (re)construção de projetos normativos, a mesma perplexidade provocada pelo quadro de René Magritte que traz um cachimbo pintado e, abaixo, a mensagem “Ceci n'est pas une pipe”, uma *declaração de independência* da arte e dos limites da representação que esta pode produzir da *natureza*.

O desafio que o constitucionalismo precisa enfrentar em sua relação com a democracia está na produção e manutenção da tensão entre o direito e a

política. O segredo da máquina institucional é o de que essa tensão continue a existir, a perfectibilidade do sistema demanda isso. Apesar da mensagem, o quadro de Magritte continua *representando* um cachimbo, aquilo que ele lembra é que ele é uma representação – uma representação da *não* representação. A Constituição constitui a comunidade política, contribui na definição da identidade do sujeito constitucional, mas não é a própria comunidade democrática.

Logo, a Constituição compõe a *representação* que o próprio *Povo* faz, com materiais democráticos, de sua comunidade política – esta é a demanda do século XXI: a de um Estado democrático de Direito. Logo, a Constituição brasileira foi uma “obra” terminada em 1988, mas que precisa ser recordada (inscrita no coração) e experimentada diariamente, na realidade da vida em comum de seus cidadãos.

Se a narrativa política sempre soube que seu final é indeterminado, ainda que o *esquecimento da política* represente uma ameaça de um ponto final involuntário, o direito precisa deixar de esconder seu caráter perfectível, e reconhecer a multiplicidade potencial de narrativas que ele pode enredar. Precisa reconhecer que modelos procuram modelar um sistema de poder, e que, se sua eficácia for determinada por sua invulnerabilidade e perenidade, irá se transformar em uma fortaleza, que esconde aqueles que ficam de fora. Isso porque aquilo que está a se colocar *diante da Lei* é a *realidade*, pouco controlável e previsível.

O direito precisa se libertar da tentativa de arquivar o mundo com o texto, de antecipar o futuro com o passado. Assumir, portanto, sua faceta republicana. Assim, pode, em um trabalho de dilapidação do *real*, dar à luz, trazer à luz, suas definições normativas, reprovar as falhas da sociedade e enfrentar a dificuldade de apresentar os *remédios* institucionais e seus efeitos colaterais. Mesmo que, depois disso, resulte um *modelo*, porque, depois do modelo, aquilo que se apresenta, se faz *presente* não é o silêncio, mas a justiça *por vir*, a democracia *sem fim*.

9. Bibliografia

- ACKERMAN, B. Anatomy of a Constitutional Coup. In: JACOBSON, A. ROSENFELD, M. *The Longest Night: polemics and perspectives on election* 2000. Berkely: University of California Press, 2002.
- ACKERMAN, B. Beyond Carolene Products. In: *Harvard Law Review*. v. 98, 1985.
- ACKERMAN, B. *We the people*. Cambridge; London: Harvard University Press, 1993.
- ADEODATO, J. M. L. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- ADORNO, T. W. *Negative Dialectics*. London: Routledge, 1973.
- AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, G. *Means without end*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.
- AGAMBEN, G. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- ALEGRE, M. “¿Quién le teme a la igualdad?”. In: ALEGRE, M.; GARGARELLA, R. (Coord.). *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- AMAR, A. *America's Constitution* and the Yale School of Constitutional Interpretation. In: *The Yale Law Journal*. v. 115, n. 8, 2006.
- AMAR, A. *The Bill of Rights*. New Haven: Yale University Press, 1998.
- ANDERSON, B. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- ARATO, A. Carl Schmitt and the revival of the doctrine of the constituent power in the United States. In: *Cardozo Law Review*. v. 21, n. 5-6, 2000.
- ARATO, A. Representação, Soberania Popular e *Accountability*. In: *Lua Nova*. São Paulo, n. 55-56, 2002.
- ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- ARENDT, H. *On Revolution*. New York: Penguin Books, 1963.
- ARENDT, H. *On Violence*. San Diego: HBJ, 1970.
- ARENDT, H. *Crises of the Republic*. New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972.
- ARENDT, H. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1958.
- ARENDT, H. *The Origins of the Totalitarianism*. San Diego: Harcourt Brace, 1976.
- ARENDT, H. *The portable Hannah Arendt*. New York: Penguin Books, 2000.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Porto Alegre: Editora Globo, 1969.
- ARISTOTLE. *Politics*. London: William Heinemann. 1932.
- ARISTOTLE. *The Rhetoric of Aristotle*. Cambridge: Cambridge University Press, 1877.
- AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Oxford: Claredon Press, 1962.
- AUSTIN, J. L. Performative-Constatative. In: CATON, C.E. *Philosophy and ordinary language*. Urbana: University of Illinois Press, 1963.
- BAILYN, B. *As origens ideológicas da Revolução Americana*. Bauru, SP: EDUSC, 2003.

BALIBAR, E. *Equaliberty: political essays*. Durham: Duke University Press, 2013.

BARRY, B. *Teorías de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 2001.

BARSHACK, L. The Body Politic in Dance. In: GOODRICH, P.; BARSHACK, L.; SCHÜTZ, A. *Law, Text, Terror*. London: Glass House Press, 2006.

BENHABIB, S. Democracy and Difference: reflections on the metapolitics of Lyotard and Derrida. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

BENHABIB, S. Democratic Iterations: the local, the national, and the global. In: BENHABIB, S. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

BENHABIB, S. *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa editorial, 2005.

BENHABIB, S. On Michel Rosenfeld's The Identity of the Constitutional Subject. In: *Cardozo Law Review*. v. 33, 2012.

BENHABIB, S. *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2000.

BENNINGTON, G. *Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

BHABHA, H. K. *O local da cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998.

BIBLE. *Ad Corinthios Epistula I Sancti Pauli Apostoli*. Roma, s.d. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/bible/nova_vulgata/documents/nova-vulgata_nt_epist-i-corinthios_lt.html#12>. Acesso em: 26 jul. 2013

BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BIGNOTTO, N. *Maquiavel republicano*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2005.

BILAKOVICS, S. *Democracy without politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

BLACK, C. The Lawfulness of the Segregation Decisions. In: *The Yale Law Journal*. v. 69, 1960.

BLACK, C. *The People and the Court: judicial review in a democracy*. New York: The Macmillan Company, 1960.

BLACK, C. L. The Problem of the Compatibility of Civil Disobedience with American Institutions of Government. In: *Texas Law Review*. v. 43, n. 4, 1965.

BLACK, C. *The Structure and Relationship in Constitutional Law*. Woodbridge: Ox Bow Press, 1985.

BLOOM, H. *Onde encontrar a sabedoria?* Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

BLUCHE, F.; RIALS, S.; TULARD, J. *A Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1996.

BOBBIT, P. *Constitutional Fate: theory of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 1984.

BÖCKENFÖRDE, E. The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory. In: DYZENHAUS, D. *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998.

BODIN, J. *Six Books on the Commonwealth*. Oxford: Blackwell, 1967.

BORK, R. H. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. In: *Indiana Law Journal*. v. 47, 1971.

BORRADORI, G. Terrorism and the legacy of the Enlightenment. In: BORRADORI, G. *Philosophy in a Time of Terror*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

BROOKE, J. L. Consent, Civil Society, and the Public Sphere in the Age of Revolution and the Early American Republic. In: PASLEY, J. L.; ROBERTSON, A. W.; WALDSTREICHER, D. *Beyond the Founders: New Approaches to the Political History of the Early American Republic*. Chapel Hill; London: The University of North Carolina Press, 2004.

CAMUS, A. *O estrangeiro*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CHEMERINSKY, E. In Defense of Judicial Review: the perils of popular constitutionalism. In: *University of Illinois Law Review*. n. 3, 2004.

CHIRWA, D. M. The horizontal application of constitutional rights in a comparative perspective. In: *Law, Democracy and Development*. v. 10, n. 2, 2006.

CHRISTENSEN, R. Introdução. In: MÜLLER, F. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 1998.

CHUEIRI, V. K. *Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience)*. New York, 2004. Tese (Doutorado em Filosofia) – Graduate Faculty of Political and Social Science, New School University.

CHUEIRI, V. K. Constituição Radical: uma ideia e uma prática. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. n. 58, 2013.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei da ficha limpa. In: *Revista Eletrônica Direito e Política*. v. 9, 2014.

CLÈVE, C. M. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COETZEE, J. M. *Diary of a bad year*. London: Vintage, 2007.

CORNELL, D. The Thinker of the Future. In: *German Law Journal*. v. 6, 2005.

COVER, R. M. *Nomos and Narrative*. In: *Harvard Law Review*. v. 97, 1983.

CRITCHLEY, S. Frankfurt Improptu – remarks on Derrida and Habermas. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

CRITCHLEY, S. *The Ethics of Deconstruction: Derrida and Levinas*. Edinburgh: Edinburgh University Library, 1999.

CRISTI, R. Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power. In: DYZENHAUS, D. *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998.

CRUZ, A. R. S. *Direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social das mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DARTON, R. *O grande massacre de gatos, e outros episódios da história cultural francesa*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

DAVIS, D. *Democracy and Deliberation: transformation and the south African legal order*. Cape Town: Juta & Co, 1999.

DERRIDA, J. *A farmácia de Platão*. São Paulo: Iluminuras, 1997.

DERRIDA, J. Deconstruction in America. In: *Critical Exchange*. n. 17, 1985.

DERRIDA, J. For a Justice to Come. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

DERRIDA, J. Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority". In: CARLSON, D. G.; CORNELL, D.; ROSENFELD, M. *Deconstruction and the possibility of justice*. New York: Routledge, 1992.

DERRIDA, J. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

DERRIDA, J. *Limited Inc*. Evanston: Northwestern University Press, 1988.

DERRIDA, J. *Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001*. Stanford: Stanford University Press, 2002.

DERRIDA, J. *Of Grammatology*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1997.

DERRIDA, J. *On the name*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

DERRIDA, J. Remarks on Deconstruction and Pragmatism. In: MOUFFE, C. *Deconstruction and Pragmatism*. London and New York: Routledge, 1996.

DERRIDA, J. *Rogues: two essays on reason*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

DERRIDA, J. Sending: On Representation. In: *Social Research*. v. 49, n. 2, 1982.

DERRIDA, J. *Specters of Marx: the state of the debt, the work of mourning and the new international*. London: Routledge, 1994.

DERRIDA, J. *The Beast and the Sovereign*. Chicago: The University of Chicago Press, 2009.

DERRIDA, J. The Laws of Reflection: Nelson Mandela, in Admiration. In: DERRIDA, J. TLILI, M. *For Nelson Mandela*. New York : Seaver Books, 1987.

DERRIDA, J. *The other heading: reflections on today's Europe*. Bloomington: Indiana University Press, 1992.

DERRIDA, J. *The Politics of Friendship*. London: Verso, 1997.

DERRIDA, J. *Torres de Babel*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

DERRIDA, J. *Writing and Difference*. London; New York: Routledge, 2001.

DIXON, R. Amending Constitutional Identity. In: *Cardozo Law Review*. v. 33, 2012.

DORF, M. Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity. In: *The Georgetown Law Journal*. v. 92, 2004.

DOSTOIÉVSKI, F. *Memórias do Subsolo*. São Paulo: Ed. 34, 2000.

DOUGLAS, M. *How Institutions Think*. Syracuse: Syracuse University Press, 1986.

DOUZINAS, C. GEAREY, A. *Critical Jurisprudence: the political philosophy of justice*. Oxford: Hart Publishing, 2005.

DUARTE, A. *O Pensamento à Sombra da Ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 1ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DWORKIN, R. A Badly Flawed Election. In: JACOBSON, A. ROSENFELD, M. *The Longest Night: polemics and perspectives on election 2000*. Berkely: University of California Press, 2002.

DWORKIN, R. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, R. Constitutionalism and Democracy. In: *European Journal of Philosophy*. v. 3, 1995.

DWORKIN, R. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, R. Law as Interpretation. In: *Texas Law Review*. v. 60, 1982.

DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, R. The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve. In: *Fordham Law Review*. v. 65, 1997.

DWORKIN, R. *Virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, U. *Inventing the enemy and other occasional writings*. Boston: Mariner Books, 2013.

ELSTER, J. Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris. In: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

ELSTER, J. Legislatures as Constituent Assemblies. In: BAUMAN, R.; KAHANA, T. *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ELSTER, J. *Reason and Rationality*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

ELSTER, J. *Securities Against Misrule: juries, assemblies, elections*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens: Studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

ELSTER, J. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FISH, S. *Doing what comes naturally: change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies*. Durham: Duke University Press, 1989.

FISH, S. *Is There a Text in This Class?* Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FISH, S. Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature. In: *Texas Law Review*. v. 60, 1982.

FORST, R. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010.

FREUD, S. *Civilization and its Discontents*. New York: W. W. Norton & Company, 1962.

GARGARELLA, R. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GARGARELLA, R. Constitucionalismo versus Democracia. In: GARGARELLA, R. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

GARGARELLA, R. Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. In: GARGARELLA, R. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Hampshire: Ashgate, 2006.

GARVER, Eugene. Aristotle on the Kinds of Rhetoric. In: *Rhetorica: A Journal of the History of Rhetoric*. California: University of California Press, v. 27, 2009.

GASPARI, E. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOLDSTEIN, J. A. The Tea Party Movement and the Perils of Popular Originalism. In: *Arizona Law Review*. v. 53, 2011.

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

HABERMAS, J. Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles? In: *Political Theory*. v. 29. n. 6, 2001.

HABERMAS, J. Hannah Arendt's Communications Concept of Power. In: *Social Research*. v. 44, 1977.

HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. London: Heinemann, 1976.

HABERMAS, J. *The inclusion of the other: studies in political theory*. Cambridge: MIT Press, 1998.

HABERMAS, J. *The new conservatism: cultural criticism and the historians' debate*. Cambridge: MIT Press, 1989.

HABERMAS, J. *The philosophical discourse of modernity: twelve lectures*. Cambridge: MIT Press, 1987.

HABERMAS, J. *Truth and Justification*. Cambridge: MIT Press, 2003.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics, 2003.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1997.

HEGEL, G. W. F. *Elements of the Philosophy of Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HELLMAN, D. Money talks but it isn't speech. In: *Minesota Law Review*. v. 95. 2011.

HIRST, P. *Representative Democracy and its Limits*. Cambridge: Polity Press, 1990.

HOBBS, T. *Leviathan*. Oxford: Oxford University Press, 1909.

HOLMES, S. *Passions and constraint: on the theory of liberal democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

HONIG, B. Dead Rights, Live Futures: a reply to Habermas's "Constitutional Democracy". In: *Political Theory*. v. 29. n. 6, 2001.

HONIG, B. Declarations of Independence: Arendt and Derrida on the Problem of Founding a Republic. In: *The American Political Science Review*, v. 85, n. 1, 1991.

HONIG, B. *Emergency politics: paradox, law, democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

HONIG, B. *Political Theory and the Displacement of Politics*. Ithaca: Cornell University Press, 1993.

HONNETH, A. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, A. *The I in We: studies in the theory of recognition*. Cambridge; Malden, MA: Polity Press, 2012.

HONNETH, A. The other of justice: Habermas and the ethical challenge of postmodernism. In: WHITE, S. K. *The Cambridge companion to Habermas*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

JEFFERSON, T. "Escritos Políticos". In: *Pensadores*: São Paulo: Abril Cultural, 1973.

JEFFERSON, T. The First Inaugural Address. In: *The Papers of Thomas Jefferson*: volume 33. Princeton: Princeton University Press, 2006.

KANT, I. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

KANTOROWICZ, E. H. *Os dois corpos do rei*: um estudo sobre teologia política medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KENNEDY, D. *A Critique of Adjudication*: fin de siècle. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

KIRCHHEIMER, O. Remarks on Carl Schmitt's Legality and Legitimacy. In: SCHEUERMAN, W. E. *The Rule of Law under Siege*: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 1996.

KORSGAARD, C. The Sources of Normativity. In: *The Tanner Lectures on Human Values*. Cambridge: Cambridge University, 1992.

KOZICKI, K. *Conflito e estabilização*: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Florianópolis, 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

KOZICKI, K. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, R. M. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

KRAMER, L. Response. In: *Chicago-Kent Law Review*. v. 81, 2006.

KRAMER, L. *The People Themselves*: popular constitutionalism and judicial review. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KRAMER, L. Undercover Anti-Populism. In: *Fordham Law Review*. v. 73, 2005.

KRISTEVA, J. *Hannah Arendt*: life is a narrative. Toronto: University of Toronto Press, 2001.

LEFORT, C. *Democracy and Political Theory*. Cambridge: Polity, 1988.

LEFORT, C. The Permanence of the Theologico-political? In: VRIES, H.; SULLIVAN, L. E. *Political theologies*: public religions in a post-secular world. New York: Fordham University Press, 2006.

LEGENDRE, P. Appendix: Fragments. In: GOODRICH, P.; BARSHACK, L.; SCHÜTZ, A. *Law, Text, Terror*. London: Glass House Press, 2006.

LEGENDRE, P. *O Amor do Censor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

LEGENDRE, P. The Lost Temporality of Law. In: *Law and Critique*. v. 1 n. 1, 1990.

LEGENDRE, P. The Other Dimension of Law. In: GOODRICH, P.; CARLSON, G. *Law and the postmodern mind*: essays on psychoanalysis and jurisprudence. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1998.

LEPORE, J. Tea and Sympathy: Who Owns the American Revolution? In: *The New Yorker*. New York, 3 maio 2010. Disponível em: <http://www.newyorker.com/reporting/2010/05/03/100503fa_fact_lepore?currentPage=all>. Acesso em: 05 ago. 2013.

LEVINSON, S. *Our Undemocratic Constitution: where the Constitution goes wrong (and how We the People can correct it)*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

LORENZETTO, B. M. *Direito e Desconstrução: as aporias do tempo, do direito e da violência*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LYOTARD, J. *The Differend: phrases in dispute*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988.

MACHIAVELLI, N. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*. Torino: Einaudi, 1971.

MACHIAVELLI, N. *Il Principe*. Torino: Einaudi, 1961.

MAITLAND, F. W. A Prologue to a History of English Law. In: *Select Essays in Anglo-American Legal History*. v. 1. Boston: Little Brown, 1907.

MANDELA, N. I am prepared to die. Pretoria, 1964. Disponível em: <http://db.nelsonmandela.org/speeches/pub_view.asp?pg=item&itemID=NMS010>. Acesso em: 20 ago. 2013.

MAQUIAVEL, N. *História de Florença*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MICHELET, J. *História da revolução francesa: da queda da Bastilha à festada Federação*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MICHELMAN, F. I. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MICHELMAN, F. Comment: Popular Law and the Doubtful Case Rule. In: *Chicago-Kent Law Review*. v. 81 n. 3, 2006.

MICHELMAN, F. Constitutional Authorship by the People. In: *Notre Dame Law Review*. v. 74, 1999.

MORGAN, E. *Inventing the People: the rise of popular sovereignty in England and America*. New York: Norton, 1988.

MOUFFE, C. Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy. In: MOUFFE, C. (ed.) *The Challenge of Carl Schmitt*. Verso: London, 1999.

MOUFFE, C. *On the Political*. London: Routledge, 2005.

MOUFFE, C. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

MOUFFE, C. *Politics and Passions: the stakes of democracy*. London: Center for the Study of Democracy, 2002.

NETTO, M. C.; SCOTTI, G. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NEUHOUSER, F. *Foudantions of Hegel's Social Theory: actualizing freedom*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

NEUMANN, F. L. The Decay of German Democracy. In: SCHEUERMAN, W. E. *The Rule of Law under Siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 1996.

NEUMANN, F. L. *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Oxford: Berg Publishers, 1986.

PAINE, T. *Collected writings*. New York: Library of America, 1995.

PALOMBELLA, G. Structures and process in the constitutional self: coping with the future? In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 8 n. 3, 2010.

PEREIRA, A. L. P. *A atividade política da jurisdição constitucional brasileira*. Curitiba, 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

PIO XII. *Carta Encíclica Mystici Corporis*. Roma, 1943. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xii/encyclicals/documents/hf_p-xii_enc_29061943_mystici-corporis-christi_po.html>. Acesso em: 26 jul. 2013.

PIPPIN, R. B. *Hegel's practical philosophy: rational agency as ethical life*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

PITKIN, H. Representação: palavras, instituições e idéias. In: *Lua Nova*. São Paulo, n. 67, 2006.

PITKIN, H. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press, 1972.

PITKIN, H. F. The Idea of a Constitution. In: *Journal of Legal Education*. v. 37, 1987.

PLATÃO. *Timeu-Crítias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.

POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. 2nd ed. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2003.

POPE, A. *Essay on man*. Oxford: Clarendon Press, 1881.

POST, R. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

POUND, R. *Liberdade e garantias constitucionais*. São Paulo: IBRASA, 1976.

POZEN, D. Judicial Elections as Popular Constitutionalism. In: *Columbia Law Review*. v. 110, 2010.

PREUSS, U. K. Constitutional Powermaking for the New Polity: some deliberations on the relations between constituent power and the constitution. In: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

RAKOVE, J. N. "The Great Compromise": Drafting the American Constitution, 1787. In: *History Today*. v. 37, n. 9. 1987.

RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RENAN, E. *¿Qué es una nación?* Madrid: Alianza Editorial, 1987.

RODRIGUEZ, J. R. Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. In: *Lua Nova*. n. 61, 2004.

ROSENFELD, M. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, M. *Bush v. Gore: three strikes for the Constitution, the Court, and democracy, but there is always next season*. In: JACOBSON, A. ROSENFELD, M. *The Longest Night: polemics and perspectives on election 2000*. Berkely: University of California Press, 2002.

ROSENFELD, M. *Just Interpretations: law between ethics and politics*. Los Angeles: University of California Press, 1998.

ROSENFELD, M. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

ROSENFELD, M. The Constitutional Subject, its other, and the perplexing quest for an identity of its own: a reply to my critics. In: *Cardozo Law Review*. v. 33, 2012.

ROSENFELD, M. The Identity of the Constitutional Subject. In: *Cardozo Law Review*. v. 16, 1995.

ROSENFELD, M. *The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community*. London; New York: Routledge, 2010.

ROUSSEAU, J. J. *The social contract & Discourses*. New York: J.M. Dent & Sons, 1923.

RUBENFELD, J. *Freedom and Time: a theory of constitutional self-government*. New Haven: Yale University Press, 2001.

RUBENFELD, J. Of Constitutional Self-Government. In: *Fordham Law Review*. v. 71, 2003.

RUBENFELD, J. On Fidelity in Constitutional Law. In: *Fordham Law Review*. v. 65, 1997.

RUSHDIE, S. *The Satanic Verses*. London: Vintage Books, 2006.

SANDEL, M. J. *Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

SANDEL, M. *What Money Cant' Buy: the moral limits of markets*. New York: Farrar, Starus and Giroux, 2012.

SCHEPPELE, K. L. The New Judicial Deference. In: *Boston University Law Review*. v. 92. 2012.

SCHEUERMAN, W. E. *Carl Schmitt: the end of law*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1999.

SCHEUERMAN, W. E. Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt. In: DYZENHAUS, D. *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998.

SCHEUERMAN, W. E. *The Rule of Law under Siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Berkley and Los Angeles: University of California Press, 1996.

SCHLINK, B. German Constitutional Culture in Transition. In: ROSENFELD, M. (ed.) *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: theoretical perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

SCHLINK, B. The Constitutional Subject and its identity: my German experience. In: *Cardozo Law Review*. v. 33, 2012.

SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Durham: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, C. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998.

SCHMITT, C. *La Dictadura*. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

SCHMITT, C. *Legality and Legitimacy*. Durham: Duke University Press, 2004.

SCHMITT, C. *On the three types of juristic thought*. Westport: Praeger, 2004.

SCHMITT, C. *Political Theology*. Cambridge: The MIT Press, 1985.

SCHMITT, C. *The Concept of the Political*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

SCHMITT, C. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 2000.

SCHMITT, C. The Unknown Donoso Cortés. In: *Telos*, n. 125, Fall, 2002.

SCHWARCZ, L. M. *O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e a questão racial no Brasil do século XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SEITZER, J. Carl Schmitt's Internal Critique of Liberal Constitutionalism. In: DYZENHAUS, D. *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham: Duke University Press, 1998.

SHAKESPEARE, W. Venus and Adonis. In: DUYCKINCK, G. L. (ed.) *The Complete Works of William Shakespeare*. Philadelphia: Porter & Coates, 1869.

SHAPIRO, Ian. *The state of democratic theory*. Princeton University Press: Princeton, 2003.

SHKLAR, J. *American Citizenship*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa: Que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SKIDMORE, T. *Brasil: de Castelo e Tancredo, 1964-1985*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SKINNER, Q. *Maquiavel*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

SLAGSTAD, R. Liberal constitutionalism and its critics: Carl Schmitt and Max Weber. In: ESLTER, J.; SLAGSTAD, R. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

SOMIN, I. The Tea Party Movement and Popular Constitutionalism. In: *Northwestern Law Review*. v. 105, 2011.

SOUZA, V. S. *A política biológica como projeto: a "eugenia negativa" e a construção da nacionalidade na trajetória de Renato Kehl (1917-1932)*. Mestrado em História, Casa de Oswaldo Cruz/Fiocruz, Rio de Janeiro, 2006.

STRAUSS, D. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SUGANAMI, H. Understanding Sovereignty through Kelsen/Schmitt. In: *Review of International Studies*. v. 33, n. 3, 2007.

SUNSTEIN, C. Incompletely Theorized Agreements. In: *Harvard Law Review*. v. 108, 1995.

SUNSTEIN, C. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

THOMAS, K. Are Transgender Rights Inhuman Rights? In: CURRAH, Paisley; JUANG, Richard M.; MINTER, Shannon Price. *Transgender Rights*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006.

THOMASSEN, L. 'A Bizarre, even Opaque Practice': Habermas on constitutionalism and democracy. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

TOCQUEVILLE, A. A Democracia na América. In: WEFORT, F. (org.) *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

TRIBE, L. *erog .v hsub and Its Disguises: Freeing Bush v. Gore from Its Hall of Mirrors*. In: *Harvard Law Review*, v. 115, 2001.

TRIBE, L.; DORF M. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TRIBE, L. The Idea of the Constitution: A Metaphor-morphosis. In: *Journal of Legal Education*. v. 37, 1987.

TRIBE, L. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TRIBE, L. The People's Court. In: *The New York Times*. New York, 24 out. 2004. Disponível em: <<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9C06EEDE163AF937A15753C1A9629C8B63>>. Acesso em: 31 out. 2013.

TRIBE, L. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. In: *Yale Law Journal*. v. 89, 1980.

TUSHNET, M. How do constitutions constitute constitutional identity? In: *International Journal of Constitutional Law*. v. 8 n. 3, 2010.

TUSHNET, M. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-and Democracy-Based Worries. In: *Wake Forest Law Review*. v. 38, 2003.

TUSHNET, M. Popular Constitutionalism as Political Law. In: *Chicago-Kent Law Review*. v. 81 n. 3, 2006.

TUSHNET, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VANDEVELDE, K. The new property of the nineteenth century: the development of the modern concept of property. In: *Buffalo Law Review*. v. 29, 1980.

VIEIRA, O. V. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*. São Paulo, n. 8, 2008.

VILLA, D. *Arendt and Heidegger: the fate of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

VILLA, D. From the Critique of Identity to Plurality in Politics: Reconsidering Adorno and Arendt. In: RENSMANN, L.; GANDESHA, S. *Arendt and Adorno: political and philosophical investigations*. Stanford: Stanford University Press, 2012.

WALDRON, J. Arendt's Constitutional Politics. In: VILLA, D. (ed.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. New York: Cambridge University Press, 2000.

WALDRON, J. Banking Constitutional Rights: who controls withdrawals? In: *Arkansas Law Review*. v. 52, 1999.

WALDRON, J. Constitutionalism: A Skeptical View. In: *NYU School of Law. Public Law Research Paper N. 10-87*, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1722771>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, J. Principles of Legislation. In: BAUMAN, R.; KAHANA, T. *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WHITE, J. B. *Justice as Translation: an essay in cultural and legal criticism*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

WHITTINGTON, K. E. Give "The People" what they want? In: *Chicago-Kent Law Review*. v. 81 n. 3, 2006.

WITHMAN, W. *Song of Myself*. Iowa: University of Iowa Press, 1989.

WOLFF, F. Polis. In: CASSIN, B. *Dictionary of untranslatables: a philosophical lexicon*. Princeton : Princeton University Press, 2014. p. 801-802.

WOLIN, S. *Democracy Incorporated*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

WOLIN, S. Hannah Arendt: Democracy and The Political. In: *Salmagundi*. n. 60, 1983.

WOLIN, S. *The Presence of the Past: essays on the state and the Constitution*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1989.